

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la Protection
des
Droits patrimoniaux
de l'Absent

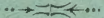
Thèse pour le Doctorat

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 2 Juin 1910, à 1 heure et demie

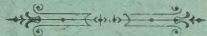
PAR

RENÉ DEGUIRY



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants } *MM. MASSIGLI, professeur,*
BARTIN, professeur.



PONTOISE

IMPRIMERIE LUCIEN PARIS

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554625_0038

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

De la Protection
des
Droits patrimoniaux
de l'Absent

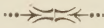
Thèse pour le Doctorat

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 2 Juin 1910, à 1 heure et demie

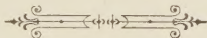
PAR

RENÉ DEGUIRY



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { *MM. MASSIGLI, professeur,*
BARTIN, professeur.



PONTOISE

IMPRIMERIE LUCIEN PARIS

—
1910

La Faculté n'entend donner aucune approbation,
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Notions Générales et Historiques

L'absence, au sens juridique du mot, est la situation de celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence habituelle, dont on n'a plus de nouvelles depuis un certain temps et dont, par suite, l'existence est devenue incertaine.

L'absence, au sens vulgaire, n'implique pas cette idée de doute sur l'existence. Le mot absence, dans le langage courant, sert en effet à désigner, d'une façon générale, l'éloignement d'une personne, soit de son domicile ou de sa résidence, soit même simplement de l'endroit où elle doit se trouver ou a coutume de se trouver à tel moment déterminé; que l'on sache ou non où est cette personne, on dit qu'elle est absente. En Droit, la personne simplement

éloignée de chez elle ou du lieu où il serait nécessaire qu'elle se trouvât, est dite non-présente.

Il est évident que ces deux situations différentes, absence proprement dite, et non-présence, n'ont pas la même importance au point de vue des conséquences juridiques qu'elles entraînent.

Le non-présent conserve certainement son état, ses droits, ses obligations. La seule question qui puisse se poser est celle de savoir si, dans certains cas, et devant l'empêchement de fait, les difficultés matérielles d'administrer son patrimoine où une partie de son patrimoine résultant pour cet individu de son éloignement même, la loi ne doit pas intervenir et faire agir à sa place un représentant qui prendra les mesures nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts. Et nous aurons occasion de voir, au cours de cette étude, que dans certaines hypothèses exceptionnelles et vu l'urgence, le législateur s'est effectivement occupé de remédier à l'inaction forcée du non-présent.

L'absence, au contraire, en raison même de cette incertitude sur l'existence qu'elle implique, fait naître les plus graves questions, tant au point de vue des relations de famille du disparu que du sort de son patrimoine abandonné. Pour nous en tenir à ce dernier ordre de difficultés, que vont devenir les biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles? Qu'advient-il des droits éventuels, successions, legs, etc..., qui s'ouvriront à son profit après son

départ, et qu'il recueillerait sans difficulté s'il n'y avait, par définition même, doute sur sa vie et sa mort?

Plusieurs intérêts sont en présence, dont doit tenir compte le législateur qui se propose de régler ces questions par un système général sur la matière : l'intérêt d'abord de l'absent lui-même, qui existe peut-être, qui est susceptible de revenir un jour et auquel devra être conservé le patrimoine dont il n'a pas cessé d'être propriétaire et dont il sera en droit de demander la restitution ; l'intérêt des tiers qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent ; enfin l'intérêt général de la société qui exige une circulation libre et normale des biens. L'intérêt de l'absent surtout ne doit à aucun moment être perdu de vue puisque l'absence, quelque longue soit-elle, ne donne jamais par elle-même la certitude de la mort ; il doit même prédominer tant que l'absence n'a pas duré assez longtemps pour rendre le décès du disparu plus vraisemblable que son existence. C'est du moins dans cet esprit que sont conçues les dispositions du Code civil sur les effets de l'absence quant aux biens. Mais, avant d'exposer le système général du Code en cette matière, voyons ce qui existait à ce sujet à Rome et dans notre ancien Droit.

— Les Romains, chez qui la difficulté et l'insécurité des communications, la fréquence des expéditions militaires, le goût des voyages ; devaient cependant rendre assez fréquents les cas d'absence, ne possédaient pas de dispositions d'ensemble réglant le sort du patrimoine de l'absent. Les textes qui parlent de l'absence sont rares et

isolés; ils ne semblent pas d'ailleurs distinguer l'absence telle que nous l'avons définie dès le début, de la non-présence; il est vrai que cette confusion existait peut-être dans les faits et que l'homme éloigné du centre de ses affaires était sans doute alors tenu pour personne incertaine. — Voyons donc ce qui se passait lorsque l'hypothèse de l'absence se présentait : Il convient d'abord de remarquer que, au moins à partir d'une certaine époque, l'absent pouvait laisser un mandataire à la tête de son patrimoine, avec mission de conserver et d'administrer ses biens, et que, lorsque l'absent n'avait pas pris cette précaution, la théorie de la gestion d'affaire permettait encore à un de ses proches ou amis d'intervenir pour empêcher la perte matérielle de ses biens, l'extinction de ses droits. Notamment, le mandataire ou le gérant d'affaire étaient d'un utile secours à l'absent, en agissant en justice contre les tiers usurpateurs ou débiteurs, en défendant à l'action des tiers propriétaires, possesseurs ou créanciers. Les lois de la procédure le permettaient-elles ? L'Ancien Droit excluait en principe la représentation judiciaire, mais cette règle recevait une exception en faveur de certains absents : La loi Hostilia ⁽¹⁾ permettait en effet d'intenter l'action *furti* au nom du volé absent dans l'intérêt de l'Etat, ou prisonnier de guerre. Sous la procédure formulaire, la représentation judiciaire est un fait acquis; outre le *cognitor*, constitué en présence de l'adversaire et en termes sacramentels, dont

(1) Institutes. L. 4, titre X. *De iis, per quos agere possumus*.

l'absent ne pouvait donc se servir, on admit selon M. Girard, le *procurator* constitué sans forme et qui paraît avoir été d'abord un administrateur général — (le mandataire général laissé par l'absent pouvait donc le représenter); on a même permis fort tôt à ce *procurator* de se présenter sans mandat dans le cas où il intervenait pour le défenseur et où l'on appelait plutôt *defensor* — (un tiers quelconque pouvait donc intervenir pour défendre l'absent en justice); on est même allé jusqu'à lui permettre, continue M. Girard, de se présenter aussi sans mandat pour le demandeur — (un tiers quelconque pouvait donc même intenter les actions de l'absent en son nom); il était alors obligé de s'engager à défendre à tous les procès qui seraient intentés contre cette personne (1).

Si l'absent n'avait pas laissé de mandataire et si personne ne se chargeait spontanément de l'administration de ses biens, il lui était nommé un curateur. Cela n'est pas douteux dans le cas où les créanciers de l'absent demandaient au prêteur à être envoyés en possession de ses biens afin d'en empêcher le détournement. Ils faisaient alors nommer par le prêteur un *curator bonorum* pour veiller à la conservation et à la reconstitution de la masse (2). Cette hypothèse particulière mise à part, il est encore permis de croire qu'un curateur était le plus fré-

(1) Girard. *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e édition, p. 1020, et p. 1021, note 2 (Ulpian, Dig., L. 3, tit. 3. *De proc.*, 33, 3.)

(2) Girard, page 1040. Ulpian. Dig., L. 42, tit. 7. *De curat. bon. dando*.

quemment nommé à l'effet d'administrer le patrimoine abandonné de l'absent. Ulpien énumère ainsi les cas de curatelle aux biens : « *Sed si bonis curator datus sit vel absentis, vel ab hostibus captis, vel dum deliberant scripti heredes...* » (1) C'est en tout cas certainement ce qui se passait dans l'hypothèse voisine et qui, peut-on dire, n'est qu'un cas particulier d'absence, l'hypothèse du captif de guerre, dont parle ainsi Hermogénien : « *His similes sunt bonis dati curatores, quæ fuerunt ejus qui ab hostibus captus est, et reverti speratur.* » (2)

Ce curateur était vraisemblablement nommé par le prêteur ou le *præses provincie* à la demande des héritiers présomptifs, des créanciers, d'une façon générale, de tout intéressé. Il avait avant tout pour mission celle de conserver les biens composant le patrimoine de l'absent dont il avait, disent les textes la « *Custodia* ». (3) Mais il pouvait et devait également interrompre les prescriptions et poursuivre les débiteurs ; il devait aussi vendre les choses susceptibles de se détériorer par l'usage ou de se perdre. (4)

Quant à ceux qui avaient des droits subordonnés au décès de l'absent, ils ne pouvaient les exercer qu'à charge de prouver ce décès. Cette preuve se fournissait suivant

(1) Ulpien, Dig., L. 42, Tit. 5, *De reb. auct. judic.*, l. 22, § 1.

(2) Hermogénien, Dig., L. 50, tit. 4, *De mun. et hon.*, l. 1, § 4 in-line.

(3) Dig. L. 26, t. 7, *De adm. et peric. tut.* l. 48.

(4) Dig., loc. cit.

les règles du droit commun puisqu'il n'existait alors aucun système analogue à notre état civil. De même la preuve de l'existence de l'absent devait être exigée de ceux qui voulaient recueillir en son nom les droits éventuels qui pouvaient lui échoir. Selon plusieurs textes (1), la vie humaine était considérée comme ne dépassant pas une durée de cent années ; ce terme arrivé dispensait donc les intéressés de prouver la mort de l'absent.

Enfin, il convient d'observer que l'absent de retour trouvait, à certaines conditions, dans la *restitutio in integrum* un remède aux conséquences fâcheuses résultant pour son patrimoine de son éloignement. En l'absence de cet individu, ses biens avaient pu être usucapés, les servitudes qui existaient à son profit s'éteindre par le non-usage ; ses créances étaient sanctionnées peut-être par des actions temporaires qui s'étaient périmées. Par la *restitutio in integrum*, tout était remplacé dans l'état primitif ; la restitution était en effet accordée « *ob absentiam* » en vertu d'une des clauses de l'édit sur la *restitutio in integrum* qui semblent les plus anciennes. (2)

— Si le Droit romain ne nous a pas laissé de législation complète sur l'absence, notre ancien Droit avait fini par

(1) Dig., L. 7, tit. 1, *De usuf.*, l. 56. — Dig., L. 33, tit. 2, *De usu et usuf.*, l. 8. — C., L. 4, t. 2, *De sacros. eccles.*, l. 23.

(2) Girard, p. 4056 s. — Dig., L. 4, tit. 6, *Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituantur*.

élaborer en cette matière un certain nombre de règles assez précises, notamment en ce qui concerne les effets de l'absence sur le patrimoine, et qui ont dans une large mesure servi de base à notre système actuel.

Nous voyons d'abord nos anciens auteurs distinguer nettement les deux situations que nous avons définies dès le début, absence proprement dite et non-présence, confondues à Rome ; et nous pouvons observer que déjà le Ministère public est dans certains cas chargé de veiller aux intérêts des non-présents :

« Le mot absence, enseigne Denisart, suivant sa principale et plus commune acception, signifie l'état d'une personne dont l'existence est devenue incertaine, faute d'avoir eu de ses nouvelles depuis un long espace de temps, soit qu'elle ait disparu subitement sans que l'on sache la cause de sa disparition ; soit qu'elle soit partie pour un voyage de long cours, soit qu'elle ait des motifs connus de chercher à se cacher.

« Il faut bien distinguer ceux qui sont absents de cette manière et que nous appellerons absents proprement dits, des absents dont l'existence est certaine ou du moins passe pour telle, parce qu'on a reçu d'eux des nouvelles assez récentes pour qu'on ne doute point qu'ils existent. Quand ceux-ci n'ont chargé personne de régler leurs affaires pendant leur absence, la Justice veille pour eux à la conservation de leurs droits. C'est une des fonctions particulières des magistrats chargés du Ministère public de les représenter dans certaines occasions où

leurs intérêts sont compromis. Ainsi lorsqu'il s'ouvre une succession au profit d'un absent, de cette espèce, le procureur du Roi ou son substitut dans le lieu du domicile du défunt doit faire apposer les scellés en son nom et assister à l'inventaire, aux comptes et aux partages des biens de la succession. » (1)

Ceci dit, lorsqu'une personne était disparue de son domicile et se trouvait absente à proprement parler, il pouvait se faire qu'elle eût, en partant, laissé ou non un mandataire chargé de prendre soin de ses affaires ; au premier cas on laissait ce représentant administrer les biens qui lui avaient été confiés par l'intéressé lui-même jusqu'à une époque que nous déterminerons plus loin. Au second, il était à la demande des parties intéressées, nommé un curateur chargé d'administrer le patrimoine laissé par l'absent. « S'il n'a chargé personne de sa procuration pour veiller à ses biens et qu'il soit nécessaire d'y commettre un curateur, on peut sans attendre plus longtemps en faire nommer un, lequel aura l'administration des biens jusqu'à ce que l'on en donne la possession aux héritiers » (2). Selon Denisart (3), le droit de requérir la nomination d'un curateur à l'absent appartenait à ceux que la loi appelait à lui succéder ; le Ministère public,

(1) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1783. v^o Absence, article 1^{er}, § 1.

(2) Bretonnier, *Recueil des principales questions de droit*. Des Absents, chap. III.

(3) Denisart : *op. cit.*, art. 2, § I, n^o 3.

comme chargé de veiller aux intérêts de tous ceux qui sont sans défense, pouvait aussi faire nommer ce curateur. Le même auteur nous donne encore les renseignements suivants sur la façon d'obtenir cette nomination d'un curateur et les devoirs de celui-ci : « Ils (les héritiers présomptifs, le Ministère Public) doivent d'abord faire constater l'absence, et ensuite présenter requête au juge pour faire nommer un curateur, qui se charge de l'administration des biens de l'absent. Ce curateur doit faire apposer les scellés sur les effets de l'absent et en faire faire inventaire, et aussitôt que l'envoi en possession des biens de celui-ci est ordonné, il doit rendre compte de cette administration aux parents qui sont envoyés en possession » (1). Quant au mode de constatation de l'absence d'une personne, il consistait dans la rédaction d'un acte notarié signé de plusieurs témoins dignes de foi et choisis dans le lieu où cette personne avait son domicile, lesquels attestaient que depuis telle époque on n'avait point reçu de ses nouvelles. (2)

Il était également d'usage avant l'ordonnance de 1667 qui abolit cette coutume (titre 2, art. 8), de nommer un curateur pour défendre l'absent lorsqu'il était assigné en justice avant l'envoi en possession. Enfin, si toujours pendant la même époque, l'absent était intéressé dans des liquidations, comptes et partages, l'usage du Châtelet de Paris, nous apprend Bourjon, était d'y faire stipuler

(1) Denisart, *loc. cit.*

(2) Denisart, *op. cit.*, art. 1^{er}, § II, 1.

les intérêts de l'absent par un des substituts de M. le Procureur du Roi. (1)

Lorsque l'absence avait duré un certain temps, les héritiers de l'absent pouvaient se faire envoyer en possession des biens que celui-ci avait laissés. Ce délai, d'ailleurs, variait avec les lieux et les coutumes. Ainsi, la coutume d'Anjou (art. 269) et celle du Maine (art. 287) exigeaient un délai de sept années continues d'absence ; il en était de même de la coutume de Verdun (art. 164) ; celle du Hainault (ch. 77, art. dernier) se contentait de trois ans.

La coutume d'Orléans reste muette à ce sujet, mais Pothier demande dix ans d'absence continue et paraît considérer ce délai comme le délai de droit commun applicable lorsqu'un autre n'est pas fixé par la coutume. Le Parlement de Toulouse le fixait à dix ans, celui de Bretagne à neuf ; enfin, dans le ressort du Parlement de Paris, après avoir été de dix ans, il avait fini par n'être plus que de trois (2).

Donc, à l'expiration du délai voulu, les héritiers présumptifs de l'absent présentaient requête au juge du dernier domicile de celui-ci, afin d'obtenir d'être envoyés en possession des biens de leur parent disparu et autorisés à se les partager. Le Juge rendait une ordonnance accordant ou non cet envoi, sans doute après une enquête

(1) Bourjon, *Le droit commun de la France. — Des successions*. Ch. I, sect. III, n° 37.

(2) Bretonnier, *loc. cit.* — Denisart, *op. cit.*, art. 2, § I, nos 5, 6, 7.

constatant la longue absence, ainsi que l'enseigne Pothier (1), en tout cas, après avoir ouï les conclusions du Ministère Public, qui sont, dit Denisart, indispensablement nécessaires dans ces sortes de demande (2).

La question de savoir quels héritiers pouvaient ainsi se faire envoyer en possession des biens de l'absent fut d'ailleurs assez longtemps controversée ; fallait-il, se demandait-on, donner la possession des biens de l'absent, à ceux qui étaient ses héritiers les plus proches au jour où l'envoi lui-même était demandé, ou à ceux qui étaient ses héritiers au jour de son départ ? Cette dernière opinion en faveur de laquelle penchaient Bretonnier et de Lamouignon, et qui avait été suivie par le plus grand nombre d'arrêts aux Parlements de Paris, Toulouse, Rouen, finit par l'emporter définitivement dans la pratique (3).

Il faut bien observer que cet envoi en possession n'était pas une ouverture de la succession de l'absent ; en effet, on ne considérait l'absent comme ayant certainement cessé de vivre, que lorsque cent ans s'étaient écoulés depuis sa naissance, sauf le cas exceptionnel où il avait disparu dans une bataille ou dans un naufrage. « C'est une maxime consacrée par les meilleures autorités, que toute personne absente et dont la mort n'est pas constatée d'une manière claire et précise, doit être présumée vivre jusqu'à cent ans, c'est-à-dire jusqu'au terme le plus reculé de la

(1) Pothier. *Coutume d'Orléans*, titre XVII. Introduction, n° 37.

(2) Denisart, 7^e édition (Paris 1771) v° Absents, § 13.

(3) Bretonnier, *loc. cit.*

vie ordinaire des hommes » (1) ; et nous verrons, ce qui corroborera ce que nous avançons, quelle application on fit longtemps de cette règle en ce qui concernait les autres droits subordonnés au décès de l'absent (legs, substitutions, etc.,) qui étaient suspendus jusqu'à l'expiration du délai de cent ans. Donc, ce n'était pas par suite de l'ouverture de la succession de l'absent qu'avait lieu l'envoi en possession de ses biens, mais on pensait déjà que les biens de l'absent ne risquaient rien et même gagneraient à être administrés par ses héritiers présomptifs puisqu'ils avaient eux-mêmes un intérêt personnel à leur conservation ; aussi ces biens étaient-ils remis aux héritiers présomptifs, surtout, et, peut-on dire, uniquement, en qualité d'administrateurs, et non à titre de propriétaires. Lebrun, dans son *Traité des Successions* expose ainsi le système de l'envoi en possession des biens de l'absent : « Encore que l'on présuppose que les cent ans sont les bornes de la vie de l'homme, on ne laisse pas quelquefois de partager les biens de l'absent par provision après un espace de temps raisonnable, et cela ne se fait pas tant à titre de succession qu'à titre de dépôt et de séquestre. » (2) « Les héritiers envoyés en possession des biens d'un absent ressemblent à des séquestres » dit également Denisart. (3)- Ils étaient donc soumis à une restitution possible de ces biens à l'absent de retour, aussi leur faisait-on générale-

(1) Denisart (7^e édition) § 3. — Poullain-Duparc. *Principes de droit français*, tome II. Chap. XVII, 2.

(2) Lebrun, *Traité des Successions*. Livre I^{er}, ch. I, sect. I, § 5.

(3) Denisart (7^e édition) § 6.

ment bailler bonne et suffisante caution pour garantir à l'absent la restitution de ses biens et de leurs fruits. ⁽¹⁾ Leur qualité d'administrateurs leur interdisait formellement de vendre, aliéner ou hypothéquer les biens de l'absent. La cession qu'ils pouvaient faire de leurs droits était considérée comme nulle ⁽²⁾. Le partage qu'ils faisaient des biens de l'absent n'était jamais que provisionnel. Les actions qui existaient au profit de l'absent ou contre lui étaient exercées par les envoyés ou dirigées contre eux. ⁽³⁾ Les envoyés pouvaient enfin obliger le curateur ou le procureur de l'absent à leur rendre compte de sa gestion.

Nous avons dit que la présence d'un mandataire laissé par l'absent rendait inutile la nomination d'un curateur aux biens de celui-ci puisque son patrimoine, loin d'être abandonné, devait être administré par un représentant qu'il avait lui-même choisi; de même — et ceci montre bien que l'envoi en possession n'avait pour but que d'organiser la meilleure administration du patrimoine de l'absent — lorsque l'absent avait laissé pour mandataire un héritier présomptif, cette procuration mettait obstacle à l'envoi, et devait être maintenue jusqu'au retour de l'absent ou jusqu'à ce qu'il y eût des nouvelles certaines

(1) Bretonnier, *loc. cit.* Denisart, *loc. cit.*, Pothier, *loc. cit.*; de Lamoignon, *Arrêtés*, titre VI, Des absents, art. III.

(2) Denisart (7^e édition) § 6 et 15, Guyot, *Répertoire*, v^o absent.

(3) De Lamoignon, *op. cit.*, art. 6. Bretonnier, *op. cit.*, chap. IV.

de sa mort (1). Bourjon accorde même à la procuration quelconque, fût-elle donnée à un étranger, le pouvoir de retarder l'envoi en possession jusqu'à trente ans à partir de la disparition ou des dernières nouvelles (2).

Les auteurs n'étaient point d'accord sur le point de savoir si l'on devait, à la même époque, donner la possession à ceux qui avaient des droits subordonnés au décès de l'absent, (légataires, appelés à une substitution dont l'absent était grevé, nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit, donateur avec clause de retour). Il semble qu'en vertu de la règle déjà énoncée d'après laquelle l'absent était réputé vivre cent ans, les droits de ces intéressés étaient suspendus jusqu'à ce que l'arrivée de ce terme amenât la certitude du décès de l'absent et qu'ils devenaient même caducs par le décès de leur titulaire avant cette époque. Guyot s'exprime ainsi à ce sujet : « Comme la mort d'un absent dont on n'a point de nouvelles est au rang des choses incertaines, une action fondée sur la vérité de cette mort ne peut être exercée que quand il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent. C'est une conséquence de ce que les lois disent qu'une personne ne doit pas être présumée vivre plus de cent ans.

» Il suit de là que le testament d'un absent, de la mort duquel on ne rapporte pas la preuve, ne doit être exécuté que quand il s'est écoulé cent années depuis sa

(1) Lebrun, *op. cit.* § 6.

(2) Bourjon, *op. cit.* n° 35.

naissance. Ainsi la caducité des legs faits par un tel testament peut avoir lieu par le décès des légataires avant cette époque.

» Il suit aussi de là que l'usufruit dont l'absent jouissait, ne peut être censé réuni à la propriété avant la même époque.

» Il faut en dire autant, avec Ricard, des substitutions dont l'absent pouvait être grevé. Elles ne sont ouvertes qu'à une pareille époque ; et elles deviennent caduques si ceux qui sont appelés pour les recueillir précèdent auparavant » (1). De Catellan (2) enseigne cette solution et cite à l'appui un arrêt du Parlement de Toulouse du 2 juin 1650, d'après lequel l'administration provisoire des biens d'un homme absent depuis neuf années fut adjugée non à l'héritier institué avant le départ, mais à ses plus proches parents. Bretonnier (3) adopte également cette opinion mais lui apporte deux exceptions et une limitation ; la première exception est en faveur de l'héritier institué qui se trouve être l'un des héritiers présomptifs : avant pour lui la vocation de la loi et la volonté du testateur, il doit l'emporter sur les autres héritiers ; la seconde a lieu quand l'héritier institué, quoique étranger, est chargé de la procuration de l'absent : pour lors, la double confiance que le testateur a témoigné avoir en lui doit le faire

(1) Guyot, *Répertoire*, v^o Absent.

(2) De Catellan, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, t. 1^{er}, liv. 2., chap. LVIII.

(3) Bretonnier, *op. cit.*, ch. III.

maintenir dans l'administration des biens qui lui a été confiée par l'absent. De plus, il admet qu'après avoir donné la possession aux héritiers *ab intestat*, on pouvait la donner à l'héritier institué, même ne remplissant aucune de ces deux conditions, trente ans après le départ ou les dernières nouvelles de l'absent. De Catellan admet aussi qu'on pourrait donner la possession à l'héritier institué, dix ans après l'envoi en possession des héritiers *ab intestat*. Ces règles, on le voit, n'avaient rien de bien net ; ajoutons que certains auteurs et les Parlements de Paris (arrêt du 27 avril 1662) et Dijon (arrêt du 12 août 1734) accordaient de suite l'envoi en possession aux héritiers institués.

Quand l'envoi en possession provisoire avait duré un certain temps, les cautions étaient déchargées, le partage provisionnel des biens de l'absent entre ses héritiers devenait définitif, les fruits étaient irrévocablement acquis aux envoyés, l'absent n'ayant plus droit à l'avenir qu'au capital et aux fruits non perçus. Cela avait lieu, selon les arrêtés de Lamoignon (1), vingt ans après la disparition ou les dernières nouvelles, trente ans après selon Bretonnier (2). Il en était encore de même lorsque cent ans s'étaient écoulés depuis la naissance de l'absent, auquel cas tous les effets normaux du décès se produisaient, notamment tous les droits subordonnés à la

(1) De Lamoignon, *op. cit.*, art. 4.

(2) Bretonnier, *loc. cit.*

condition du décès de l'absent pouvaient être désormais invoqués par leurs titulaires.

En ce qui concerne enfin les droits éventuels qui avaient pu s'ouvrir au profit de l'absent depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, par exemple, les successions auxquelles il avait pu être appelé, on appliquait de la façon la plus absolue, au moins primitivement, la règle que l'absent était vivant tant qu'il n'avait pas accompli cent ans d'âge. « Le sentiment commun, dit Poullain-Duparc, est que dans tout ce qui peut être à l'avantage de l'absent ou de ses créanciers, la présomption de vie jusqu'à l'âge de cent ans ne peut recevoir d'atteinte que par la preuve de sa mort. » (1) En conséquence, on admettait l'absent à recueillir toutes les successions ou autres droits éventuels qui s'ouvraient à son profit jusqu'à ce que cent ans se fussent écoulés depuis sa naissance. Plusieurs arrêts avaient fait application de ce principe en faveur des créanciers de l'absent. Citons notamment ceux rapportés par Denisart et Bretonnier : l'arrêt rendu par le Parlement de Paris le 7 juillet 1629, qui autorisa les créanciers du sieur Jérôme Tiellement à prendre sa place dans la succession de sa mère, après quatorze ans d'absence ; l'arrêt encore rendu par le Parlement de Paris le 13 février 1672, par lequel les créanciers de Pierre Langlet, absent, furent admis au partage des biens de sa mère, l'arrêt du Parlement de Rouen du 12 mars 1655, qui statue de même sur une espèce analogue ;

(1) Poullain-Duparc, t. II, ch. XVII, n° 6.

citons encore dans le même sens un arrêt du Parlement de Grenoble du 23 août 1749. D'ailleurs, les créanciers ainsi admis à faire valoir les droits de l'absent devaient donner caution de restituer, au cas que par la suite on découvrit que leur débiteur était décédé (1).

Cette présomption de vie jusqu'à cent ans était tirée de plusieurs lois romaines déjà citées et d'un passage de la Bible (2). Mais ces lois étaient faussement interprétées ; elles signifiaient seulement que l'homme ne peut vivre au delà de cent ans et non qu'il vit toujours jusqu'à cet âge. On finit assez vite par le reconnaître. Lebrun, parlant de cette présomption de vie jusqu'à cent ans s'exprime ainsi : « Mais elle est évidemment fausse et absurde ; car toute présomption doit être fondée sur quelque vraisemblance et sur ce qui arrive communément, *præsumptio ex eo quod plerumque fit*. Il faudrait donc, pour qu'un homme pût être présumé vivre cent ans, que ce fût le temps ordinaire de la vie des hommes et qu'il y en eût très peu qui mourussent avant les cent ans. La loi 8 *de Usuf. leg.* et autres, qu'on cite pour fondement de cette maxime, sont citées à contre sens. Ces textes disent seulement que l'homme est présumé ne pas vivre au delà de cent ans, ce qui est bien différent de ce qu'on leur fait dire : Jusqu'à ce que le temps de cent ans se soit écoulé, il n'est ni présumé

(1) Denisart (7^e édition) n° 4; Bretonnier, *op. cit.* (chap. IV).

(2) Ecclesiaste, chap. 48, verset 8.

vivre ni présumé mort ; et c'est à ceux qui ont intérêt à ce qu'il soit vivant à prouver sa vie, comme c'est à ceux qui ont intérêt à ce qu'il soit mort à prouver sa mort ». (1) Pothier exprime la même idée à peu près dans les mêmes termes (2), et il cite comme appliquant ces principes nouveaux et plus justes un arrêt du Parlement de Paris du 11 août 1719. Guyot qui rapporte également cet arrêt, confirme ainsi la dernière Jurisprudence. « Mais il en est aujourd'hui différemment ; on ne présume ni l'existence ni la mort d'un absent ; et c'est à ceux qui ont intérêt à cette existence ou à cette mort, à en faire la preuve. On juge en conséquence, qu'un absent ne peut recueillir aucune succession, par la raison qu'il doit pour cet effet justifier de son existence. Il ne peut de même rien acquérir en qualité de légataire, à cause de la nécessité de la demande en délivrance de legs exigée par la loi ». (3)

Donc, on était arrivé, dans les derniers temps, à régler le sort des droits éventuels échus à l'absent, par les principes généraux sur les preuves ; la preuve de l'existence de l'absent n'étant pas faite, ceux qui étaient appelés à son défaut, recueillaient les successions ou autres droits qui pouvaient lui échoir après son départ ;

(1) Lebrun, *Traité des Successions*. Livre 1^{er}, chap. 1^{er}, sect. I.

(2) Pothier. *Coutume d'Orléans*, titre XVII. Introduction n^o 7.

(3) Guyot, v^o Absent.

la pétition d'hérédité était d'ailleurs réservée à l'absent de retour.

— Le Droit Intermédiaire, outre les lois des 11 ventôse-16 fructidor an II, 6 brumaire an V, sur l'absence des militaires, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, nous a laissé certaines règles destinées à protéger les intérêts de l'absent ; bornons-nous à les citer, nous retrouverons plus tard la question de savoir si certaines d'entre elles ne sont pas encore en vigueur. Ces dispositions sont, entre autres moins importantes :

1° La loi des 16-24 août 1790, titre 3, art. 11, donnant au juge de paix mission de recevoir les délibérations de famille pour la nomination des curateurs aux absents et pour affaires les concernant ; et donnant mission aux officiers du Ministère public de veiller pour les absents indéfendus (tit. 8, art. 3.)

2° La loi des 29 janvier-11 février 1791, art. 1^{er}, aux termes de laquelle « s'il y a lieu de faire des inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels se trouvent intéressés des absents qui ne seraient défendus par aucun fondé de procuration, la partie la plus diligente s'adressera au Tribunal de district, lequel commettra d'office un notaire qui procèdera à la confection desdits actes. »

3° Le décret des 29 septembre-6 octobre 1791, titre 1^{er}, sect. II, modifiant la loi précédente et ainsi conçu : « Les notaires pourront sur la seule réquisition d'une partie intéressée représenter dans les inventaires, comptes partages, et autres opérations amiables les absents qui n'auront

pas de fondés de procurations spéciales et authentiques ; mais ils ne pourront en même temps instrumenter dans lesdites opérations. »

Enfin, nous ne pouvons passer sous silence l'intéressant décret des 28 septembre-6 octobre 1791, sect. 5, art. 1^{er} : « La municipalité pourvoira à faire serrer la récolte d'un cultivateur absent... ; elle aura soin que cet acte de fraternité et de protection soit exécuté aux moindres frais. »

— Arrivons au Code civil et voyons rapidement quels sont, sous l'empire de notre législation actuelle, les effets de l'absence quant aux biens.

Relativement aux biens que l'absent possédait lors de sa disparition, le Code civil distingue trois périodes de l'absence : celle de présomption d'absence, d'abord, puis après que l'absence est déclarée par jugement, la période d'envoi en possession provisoire et celle de l'envoi en possession définitif.

1^o La période de présomption d'absence commence dès qu'il y a doute sur l'existence de la personne disparue. La disparition ou les dernières nouvelles étant encore relativement récentes, il est vraisemblable que la personne en question existe encore et peut incessamment reparaitre ; la loi n'a donc à intervenir que pour sauvegarder les intérêts de cette personne seule et dans le cas seulement où il y a nécessité. Elle permet à cet effet aux parties intéressées et au Ministère public de s'adresser aux Tribunaux pour obtenir d'eux les mesures conservatoires nécessaires. Cette

période se termine au bout de quelques années par le jugement déclarant l'absence.

2° Lorsqu'en effet le défaut de nouvelles s'est prolongé pendant un certain temps, (quatre ans si l'absent a laissé un procureur fondé, dix ans au cas contraire), les parties intéressées peuvent se pourvoir devant le Tribunal de première instance afin que l'absence soit déclarée. Le Tribunal rend un premier jugement ordonnant une enquête, et un an après celui-ci, un second jugement qui déclare définitivement l'absence. Tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent peuvent alors les exercer provisoirement ; c'est ainsi que les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles pourront se faire envoyer en possession provisoire de ses biens ; en pratique c'est généralement le même jugement qui déclarera l'absence et enverra les héritiers en possession. L'envoi en possession provisoire ne donne aux héritiers de l'absent que l'administration des biens de celui-ci et une jouissance proportionnelle des fruits. Des garanties de restitution, (obligation de fournir caution, de faire inventaire, etc.) sont imposées aux envoyés dans l'intérêt de l'absent.

3° Lorsque l'envoi en possession provisoire a duré trente ans, ou lorsque cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent, les héritiers présomptifs et autres ayants droit peuvent obtenir l'envoi en possession définitif après lequel ils ne sont plus soumis à aucune garantie de restitution, gagnent tous les fruits, et jouissent des

pouvoirs les plus étendus sur les biens de l'absent dont ils peuvent être considérés comme véritables propriétaires vis-à-vis des tiers ; l'absent de retour après l'envoi définitif conserve néanmoins le droit de reprendre aux envoyés ceux de ses biens qui sont encore entre leurs mains, et dans l'état où ils se trouvent.

Cette division de l'absence et de ses effets en trois périodes n'a plus lieu lorsqu'il s'agit de régler le sort des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent après sa disparition ou ses dernières nouvelles. En effet, dès l'instant qu'une personne disparue est véritablement absente, c'est-à-dire dès l'instant qu'il y a incertitude sur son existence, les droits éventuels, successions, legs, etc, qui s'ouvrent à son profit, sont, dans l'impossibilité où l'on est, par hypothèse, de prouver sa vie, recueillis par ceux qui viennent à son défaut. Elle n'en est toutefois pas irrévocablement dépouillée ; la loi lui réserve, au cas de retour, la faculté d'exercer la « pétition d'hérédité ou d'autres droits. »

Un grand principe domine toute cette théorie : à aucune époque, l'absent n'est présumé vivant ou mort ; les mesures auxquelles donne lieu l'absence peuvent certes varier suivant que les chances de vie ou de mort l'emportent, mais à aucun moment il n'y a, au sens légal du mot, présomption de l'une ou de l'autre. La loi voit seulement en l'absent, comme disent MM. Aubry et Rau, « un homme dont l'existence ou le décès sont plus ou moins incer-

tains. » (1) Bigot-Préameneu, l'un des rédacteurs du Code exprimait ainsi cette idée : « ... Alors s'élèvent deux présomptions contraires, l'une de la mort par le défaut de nouvelles, l'autre de la vie par son cours normal. La conséquence juste de deux présomptions contraires est l'état d'incertitude, et si à l'expiration de certaines périodes il est nécessaire de prendre des mesures nouvelles, elles doivent être calculées d'après les différents degrés d'incertitude et non pas exclusivement sur l'une ou l'autre des présomptions de vie ou de mort, ce qui conduit à des résultats très différents. » (2)

Quant à l'esprit général dans lequel sont conçues les dispositions du titre de l'absence relativement au patrimoine, il semble bien que ce soit celui-ci : parmi les divers intérêts en présence, l'intérêt de l'absent est l'intérêt dominant. Bigot-Préameneu présentant le projet du Conseil d'État au Corps législatif, disait : « Citoyens législateurs, le titre du Code civil qui a pour objet les absents, nous offre les exemples les plus frappants de cette admirable surveillance de la loi qui semble suivre pas à pas chaque individu pour le protéger aussitôt qu'il se trouve dans l'impuissance de défendre sa personne ou d'administrer ses biens... Cette impuissance peut résulter de ce que l'individu absent,

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, (5^e édition), tome I, § 148.

(2) Exposé des motifs, séance du Corps Législatif du 12 ventôse an XI (3 mars 1803). Locré. *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome IV, p. 128.

n'est plus à portée de veiller à ses intérêts. » (1) Ce désir de la loi de protéger avant tout les intérêts de l'absent n'est pas douteux pendant la première période de l'absence ; mais c'est encore lui, croyons-nous, qui inspire toute la période de l'envoi en possession provisoire, que Bigot-Préameneu qualifiait ainsi : « Ce ne saurait être qu'un acte de conservation fondé sur une nécessité constante, et pour l'absent lui-même un acte de protection qui garantit son patrimoine d'une perte qui devenait inévitable. » Il est en tous cas, certain, que les dispositions qui régissent cette seconde période, sont telles que les droits de l'absent ne sauraient être en aucune façon compromis. C'est seulement, avons-nous vu, lorsque la très longue durée de l'absence ou le grand âge de l'absent rend sa mort probable que les droits des présents sont enfin pris en sérieuse considération ; nous avons constaté, d'ailleurs, que l'absent garde toujours le droit, en cas de retour, de revendiquer au moins ce qui reste de son patrimoine entre les mains des envoyés, et qu'une restitution analogue était imposée à ceux qui auraient recueilli ses droits éventuels à son défaut.

Cette protection du patrimoine de l'absent, dont notre législation sur l'absence tient si grand compte, va faire l'objet de cette étude (2).

(1) Locré, *Lég. civ.*, 4, p. 126.

(2) Pour plus de simplicité, nous supposons l'absent non marié ; nous n'aurons donc pas à étudier l'administration de la communauté par le conjoint présent.

Dans une première partie, nous verrons comment la loi permet d'empêcher le dépérissement des biens de l'absent présumé.

Dans une seconde partie, nous verrons comment, par l'envoi en possession provisoire, la loi organise le meilleur système d'administration du patrimoine de l'absent, quelles garanties de restitution sont imposées aux envoyés dans l'intérêt de celui-ci, comment dans cet intérêt, leurs pouvoirs sont considérablement restreints ; nous étudierons également les restitutions auxquelles a droit l'absent de retour après l'envoi définitif.

Enfin, (troisième partie), nous examinerons ce qu'il advient des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent après sa disparition ou ses dernières nouvelles ; nous nous demanderons si ceux qui les recueillent à son défaut ne doivent pas être astreints à fournir des garanties de restitution, et, ceci surtout nous retiendra, nous étudierons l'exercice par l'absent des actions que la loi lui réserve en cas de retour.



PREMIÈRE PARTIE

Protection provisoire des Biens de l'Absent présumé

CHAPITRE I

Distinction entre les non-présents et les présumés absents. Textes applicables aux non-présents.

Lorsqu'un individu qui a quitté son domicile ou sa résidence, a indiqué le but, le motif ou la durée de son voyage, il est non-présent; de même encore, si, partant sans prévenir, il donne ensuite de ses nouvelles ou si du moins le manque de nouvelles peut s'expliquer par les circonstances, par les habitudes de cet individu qui, par exemple, fait souvent de semblables déplacements pour le besoin de son commerce, etc.

Cet individu ne devient présumé absent que lorsque le défaut de nouvelles suffisamment prolongé, ou les circonstances de sa disparition, ont fait naître des doutes sur

son existence. C'est, en somme, une question de fait. Nous verrons plus loin à qui il appartient d'apprécier si un individu qui n'est plus à son domicile depuis un certain temps, est seulement non-présent ou si l'on peut déjà le considérer comme absent. Voici dès maintenant l'intérêt de cette distinction :

Lorsqu'un individu est non-présent, c'est-à-dire simplement éloigné de son domicile ou de sa résidence, sans qu'aucun doute ne plane sur son existence, la loi n'a pas, en principe, à s'occuper de ses intérêts. Rien n'empêchait cet homme de pourvoir à leur sauvegarde pendant son éloignement en laissant un mandataire. « La loi doit protéger la propriété des citoyens, disait Tronchet, mais elle ne dirige pas leurs affaires, elle n'est le tuteur que de ceux qui sont incapables de gouverner leurs biens ; ce serait leur accorder un secours aussi inutile que dangereux » (1). En effet, il est de l'intérêt même de la personne qui s'éloigne de son domicile ou de sa résidence, de ne pas subir par cela seul et immédiatement l'immixtion dans ses affaires d'une action, d'un pouvoir étrangers. Aussi les dispositions du Code civil sur l'absence présumée (art. 112 et suivants), ne sont-elles pas destinées aux non-présents. Cela résulte nettement des textes mêmes qui emploient les expressions « absent présumé, absent déclaré, individu dont l'existence n'est pas reconnue. »

(1) Tronchet, séance du Conseil d'État du 16 fructidor an IX (3 septembre 1801). *Locré, Lég. civ.*, tome IV, page 35.

Toutefois, cette distinction entre la non-présence et la présomption d'absence ne fut pas toujours aussi nette, et la situation de l'individu absent avant la déclaration d'absence ne fut pas d'abord envisagée de façon très précise lors de la rédaction du Code ; et ce sont peut-être ces anciennes hésitations qui ont donné naissance à l'opinion que nous combattons tout à l'heure d'après laquelle on pourrait appliquer le premier chapitre du titre de l'absence aux individus simplement éloignés de leur domicile.

Le premier projet du titre des Absents présenté par Thibaudeau, à la séance du Conseil d'État du 16 fructidor an IX (11 septembre 1801), ne s'occupait pas du tout de l'absent avant la déclaration d'absence. Le premier Consul ayant fait observer lors de la discussion qu'il serait nécessaire de pourvoir aussi à l'administration des biens avant la déclaration d'absence (1), la nouvelle rédaction présentée le 24 fructidor an IX, contient l'addition d'un nouveau chapitre intitulé : « Des Individus éloignés de leur domicile et non encore déclarés absents ». D'après son titre, ce chapitre se serait appliqué même aux non-présents, s'il était devenu définitif. Mais l'équivoque possible fut remarquée, et la discussion qui en résulta au Conseil d'État montre bien que les rédacteurs du Code n'ont voulu viser par leurs dispositions sur l'absence que ceux dont l'existence est incertaine. C'est Régnier, par exemple, qui dit que « le chapitre entier ne concerne évidemment que les

(1) Locré. *Lég. civ.*, IV, p. 43.

absents proprement dits » (1); c'est le premier Consul qui exprime le souhait que, pour éviter toute confusion entre les absents au sens vulgaire et les absents au sens juridique, « la section pût écarter l'expression absent, laquelle dans l'usage ne désigne que celui qui n'est pas actuellement présent dans un lieu, et qu'elle trouvât un mot technique qui fût exempt d'ambiguïté ». (2) A la suite de ces observations, le chapitre en question fut intitulé dans les projets ultérieurs « Des Prévenus d'absence », puis « De la Présomption d'absence ». Ce titre devenu définitif indique clairement que le chapitre qu'il désigne ne s'applique qu'à ceux dont l'existence est devenue incertaine. Les articles 135, 136, sur les droits éventuels échus à l'absent ne laissent également aucun doute; ils emploient, au lieu du terme absent, l'expression « individu dont l'existence n'est pas reconnue ».

Les non-présents ne sont donc certainement pas visés par le titre du Code civil « Des Absents ». Ajoutons, ce qui d'ailleurs confirme notre opinion, que plusieurs textes isolés protègent les non-présents dans quelques hypothèses particulières. En effet, si en principe la loi n'avait pas à s'occuper de l'individu simplement éloigné du lieu où ses intérêts sont compromis, elle a pourtant parfois, mais exceptionnellement, jugé bon de le faire. Les dispositions en faveur des non-présents sont plusieurs articles

(1) Loqué, *Lég. civ.*, IV, p. 53.

(2) Loqué, *ibid.* p. 55

du Code civil et du Code de procédure, et aussi quelques lois antérieures; ces lois en effet n'ont pas été abrogées par le Titre des Absents du Code civil puisqu'il ne s'occupe pas de l'individu dont l'existence n'est point incertaine; d'autre part, les textes nouveaux sur les non-présents ne constituent que des dispositions partielles et spéciales et ne dérogent à ces lois antérieures que pour les cas qu'ils ont prévus. (1)

Le plus grand nombre de ces textes s'occupent de représenter le non-présent, au profit duquel une succession s'est ouverte, et qui est intéressé dans des inventaires, comptes, partages, liquidations. Il nous suffira de les énumérer, car ils n'appellent guère de difficulté. Art. 819 C. civ. (2^o) « Si tous les héritiers ne sont pas présents...., le scellé doit être apposé dans le plus bref délai, soit à la requête des héritiers, soit à la diligence du procureur du Roi (du procureur de la République) près le Tribunal de première instance, soit d'office par le juge de paix dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte ».

L'article 911 du Code de Procédure impose également l'apposition des scellés si les héritiers ou l'un d'eux sont absents.

L'article 942 du Code de Procédure prévoit ainsi l'hypothèse de l'inventaire. « Il sera appelé, pour tous les absents, un seul notaire, nommé par le président du

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, t. II, p. 293; Demolombe, tome II. *De l'absence*, n^o 48.

Tribunal de première instance, pour représenter les parties appelées et défaillantes. »

Quant aux comptes, partages, liquidations, un notaire est encore nommé pour y représenter les parties non présentes; mais cette fois la nomination du notaire est l'œuvre du Tribunal entier conformément à l'article 1^{er} de la loi du 11 février 1791, ainsi conçu : « S'il y a lieu de faire des [Inventaires] (1) comptes, partages, liquidations dans lesquels se trouvent intéressés des absents qui ne seraient défendus par aucun fondé de procuration, la partie la plus diligente s'adressera au Tribunal de district [de première instance] lequel commettra un notaire qui procédera à la confection desdits actes. »

Le partage auquel sont intéressés des héritiers non présents sera fait en justice conformément à l'article 838 C. civ. sanctionné par l'article 840. « Les partages faits conformément aux règles ci-dessus prescrites..... soit au nom des absents ou des non-présents sont définitifs : ils ne sont que provisionnels, si les règles prescrites n'ont pas été observées. »

Nous pouvons encore citer l'art. 316 C. civ., qui fixe ainsi le délai dans lequel le mari doit exercer l'action en désaveu de paternité; « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ;

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent » ;

(1) Abrogé par l'article 942 C. proc. civ.

Et l'article 2265 C. civ. qui prolonge ainsi la durée de la prescription de bonne foi lorsque le propriétaire contre lequel elle court est absent (non-présent) : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour royale [la cour d'appel] dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé ; et par vingt ans s'il est domicilié hors dudit ressort. »

Enfin, la loi du 28 septembre 1791, titre I^{er}, sect. V, art. 1^{er}, vient au secours du cultivateur non-présent en faisant serrer sa récolte par les soins de la municipalité.

D'après tout ce qui précède, le champ d'application des textes du Code civil sur l'absence, est donc bien délimité. Presque tous les auteurs sont d'accord pour admettre que le titre des Absents, n'a pas voulu viser les non-présents (1). Mais beaucoup d'entre eux estiment que,

(1) Proudhon est peut-être le seul qui ne soit pas de cet avis ; il prétend que le chapitre 1^{er} : « de la présomption d'absence » concerne aussi bien les personnes éloignées et dont l'existence n'est pas incertaine, que les absents proprement dits. « La loi, dit-il, a établi des règles générales qui, d'après ce qu'exigent les circonstances, sont applicables à toutes espèces d'absence, et d'autres particulières qui ne concernent que les absents proprement dits. Les règles générales applicables à tous absents sont retracées au chapitre premier de la loi sur l'absence ; et nous en tirons la preuve de l'art. 131 ». (Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, I, p. 252). L'article 131 sur lequel repose l'opinion de Proudhon permet en effet l'application des mesures conservatoires de l'art. 112 tant que l'absent qui reparait ou a donné de ses nouvelles n'a pas effectivement repris l'administration de ses biens ; or, l'absent est alors en réalité un non-présent. Nous réfutons cet argument à la page 79 à laquelle on voudra bien se reporter.

par analogie, on peut, si cela est indispensable, appliquer aux non-présents les mesures de conservation de leurs intérêts que la loi permet pour les présumés absents. En effet, disent-ils, outre les cas de succession, de récolte à l'abandon pour lesquels seuls des textes existent en faveur des non-présents, bien d'autres hypothèses peuvent se présenter où il serait indispensable de pourvoir à l'administration des biens d'une personne qui ne peut elle-même intervenir de suite en raison de son éloignement. Le Tribunal devrait alors, comme lorsqu'il y a présomption d'absence, ordonner, à la demande des parties intéressées ou du procureur de la République, les mesures que la situation rend nécessaires, à la condition bien entendu, d'agir avec toute la prudence et la discrétion désirables, et de n'ordonner d'ailleurs que des mesures partielles. La nomination d'un curateur, par exemple, serait impossible (1).

Cette opinion nous semble difficile à admettre. En effet, puisque les articles 112 et suivants ne sont pas de plein droit applicables aux non-présents, il ne peut s'agir que d'une extension par analogie ; or, comme on l'a fait remarquer, les dispositions des articles sur l'absence présumée sont « exorbitantes du droit commun puisqu'elles autorisent l'autorité judiciaire à s'immiscer dans les affaires d'un particulier » ; elles ne sauraient donc s'étendre d'un cas à un autre ; et le fait par la loi d'avoir

(1) Aubry et Rau, I, § 147 ; Demolombe, II, n° 18 ; Demante, *Cours analytique de Code civil*, 3^e édition, I, n° 141 bis, II.

dans certains cas déterminés protégé les non-présents ne permet pas d'intervenir dans d'autres hypothèses (1).

La Jurisprudence, probablement guidée par des considérations d'ordre pratique, semble adopter l'extension aux personnes éloignées du lieu où leurs intérêts sont en danger, des mesures possibles au cas de présomption d'absence. C'est ainsi que la Chambre du Conseil du Tribunal de la Seine applique au non-présent intéressé dans des comptes, liquidations et partages, l'article 113 destiné à protéger l'absent présumé dans les mêmes circonstances ; (jugements des 23 et 28 février 1849, 7 mai 1853 (2), 3 janvier, 17 janvier, 24 avril 1896) (3). Une décision contraire fut infirmée en appel (4).

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 novembre 1870 (5) admet que lorsque plusieurs des héritiers appelés à une succession ne sont pas présents, un administrateur provisoire peut, par analogie avec ce qui a lieu dans le cas prévu par l'art. 112 C. civ., être chargé de gérer et d'administrer la succession, avec pouvoir de recevoir toutes sommes dues, donner quittance ou décharge des

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Traité théorique et pratique de droit civil* (3^e édition) *Des personnes*, tome II, n° 1081 ; Laurent, *Principes de droit civil*, tome II, n° 118 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome I, n° 404.

(2) Bertin. *Chambre du Conseil* (3^e édition) tome I, n° 291 s.

(3) Lacoïn. *Des administrateurs commis par justice*, thèse, Paris 1898, p. 53 s.

(4) 11 janvier 1848, Bertin, I, n° 293 (3^e édition).

(5) S., 71, 2, 90 ; D., 72, 2, 8.

sommes reçues, enfin consentir à la radiation de toutes inscriptions. La nomination de cet administrateur doit être faite par une décision du Tribunal de première instance du lieu du domicile du défunt, rendue en Chambre du Conseil, le ministère public entendu.

La Chambre du Conseil du Tribunal de la Seine nomme également des administrateurs toutes les fois que la nécessité l'exige ; leur mission est presque toujours spéciale et de durée limitée. Dans les cas urgents, c'est même le président du Tribunal qui prescrit les mesures indispensables, qui nomme un administrateur ⁽¹⁾ ; mais il résulte d'un arrêt de la Cour de Cassation du 19 juin 1866 ⁽²⁾ qu'il ne pourrait toutefois conférer à cet administrateur le pouvoir de représenter en justice l'individu non-présent.

Citons encore un arrêt intéressant de la Cour de Nancy, rendu le 26 mars 1874 ⁽³⁾. Cette décision considère comme étant encore en vigueur, la disposition de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui charge le Ministère public de « veiller pour les absents in-défendus » (titre 8, art. 3) ; en conséquence, un notaire étant brusquement disparu, sans laisser d'explications, le ministère public peut provoquer et les juges ordonner la nomination d'administrateurs de ses biens.

Il a été jugé, enfin, par la Cour de Bordeaux, arrêt

(1) Lacoïn, *loc. cit.*

(2) S., 66, 1, 324 ; D., 66, 1, 487.

(3) S., 74, 2, 165 ; D., 75, 2, 37.

du 30 juillet 1895 (1), que les dispositions des art. 112 et suivants ne sont pas applicables aux personnes non présentes, et que lorsqu'il s'agit de ces personnes, les Tribunaux ne peuvent ordonner que les mesures nécessaires à l'administration de leurs biens, notamment à la culture de leurs immeubles.

(1) D., 98, 2, 253.

CHAPITRE II

Point de départ de la période de présomption d'absence. — Tribunal compétent pour constater l'absence et ordonner les mesures nécessaires.

La période de présomption d'absence commence, avons-nous dit, dès qu'il y a incertitude sur l'existence du disparu. Mais cette incertitude ne naît généralement qu'un certain temps après le départ ou les dernières nouvelles. Il faut que la durée de l'éloignement, la prolongation du manque de nouvelles soient devenues inexplicables, étranges, étant données les habitudes de cet individu, la profession qu'il exerce ; qu'il interrompe brusquement et sans cause une correspondance jusqu'alors régulièrement entretenue avec les siens ; alors seulement des doutes s'élèveront sur la vie de cet homme. Tout dépend des circonstances ; dans certains cas, la présomption d'absence pourra exister presque aussitôt après le départ ou les dernières nouvelles, dans d'autres au contraire, elle n'existera que beaucoup plus tard. Puisqu'il en est

ainsi, puisque le moment auquel un individu jusque-là éloigné, non-présent, devient un absent présumé est susceptible de varier avec les circonstances et les espèces, il est aisé de concevoir que ce moment ne pouvait être légalement fixé. Certains auteurs (1) ont pourtant argumenté de l'art. 142 C. civ., pour déterminer, en quelque sorte, après quel délai minimum il était permis d'intervenir en faveur d'une personne éloignée. L'art. 142 est ainsi conçu : « Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches et à leur défaut à un tuteur provisoire ». Donc, si le législateur a cru que six mois après la disparition du père, la loi devait venir au secours de ses enfants, le juge pourra sans doute après le même délai, considérer tout homme qui aura disparu comme absent présumé; les mineurs ne sont pas dans notre hypothèse plus favorables que celui qui a disparu. — Nous ne citons que pour mémoire cette opinion aujourd'hui abandonnée. Il est évident que tout dépend des faits en cette matière et que c'est avec intention que la loi n'a rien précisé. « Il serait difficile, disait Portalis au Conseil d'État, de fixer le délai dans lequel on doit pourvoir à la conservation des biens d'un absent; c'est par la nécessité et les circonstances qu'il faut en juger ». L'intérêt même de la personne que l'on prétend

(1) De Moly. *Traité des Absents*, n° 46.

protéger exige d'ailleurs qu'elle ne soit pas trop rapidement considérée comme absente ; d'abord à cause des inconvénients qui peuvent résulter pour elle de l'introduction d'étrangers dans le secret de ses affaires, en outre parce que cela aurait pour effet de la priver des successions qui pourraient lui échoir. (Nous retrouverons ce dernier point dans notre troisième partie.)

Puisqu'il était impossible de donner à la période de présomption d'absence un point de départ légal, à qui appartiendra-t-il donc de trancher cette question si importante par ses conséquences : La durée et les circonstances de la disparition d'un individu permettent-elles ou non de regarder cet individu comme présumé absent ? Cette appréciation sera faite par les Tribunaux civils qui auront toute latitude à cet égard. Les juges s'entoureront à cet effet de tous les renseignements possibles, au besoin réclameront un acte de notoriété comme il était d'usage d'en produire autrefois, sans que d'ailleurs cet acte ait l'effet de prouver de plein droit l'absence, mais seulement de fournir un élément d'appréciation.

Cette appréciation par les Tribunaux du point de savoir s'il y a réellement des doutes sur l'existence d'un individu disparu étant une appréciation de pur fait, il n'appartiendrait pas à la Cour de Cassation d'infirmer leur sentence. Cela a été décidé par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 novembre 1887 (1).

Mais le jugement qui statue sur la présomption

(1) D., 88, I, 165.

d'absence pourrait être attaqué par la voie de l'appel conformément au droit commun.

Il convient enfin de remarquer que le fait par la personne disparue d'avoir laissé un mandataire n'empêcherait pas la présomption d'absence de s'élever, si le défaut prolongé de nouvelles pouvait, au bout d'un certain temps, amener des doutes sérieux sur son existence.

La présomption d'absence étant établie, comment et dans quel cas la loi vient-elle au secours de l'absent ? Les articles 112, 113, 114 C. civ., qui organisent cette protection, sont ainsi conçus :

« Art. 112 : « S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le Tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées.

Art. 113 : « Le Tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les présumés absents dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, dans lesquels ils seront intéressés.

Art. 114 : « Le Ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent. »

— Ainsi, d'une part possibilité pour les parties intéressées de demander aux Tribunaux, soit de prendre les mesures nécessaires à l'administration des biens du présumé absent, soit de nommer un notaire pour le représenter dans les

comptes, partages, liquidations ; d'autre part, obligation générale du Ministère public de veiller à ses intérêts, voilà ce qui constitue la protection de l'absent pendant la première période. Avant d'étudier cette protection dans ses détails, nous croyons devoir dès maintenant élucider un point qui a donné lieu à des controverses nombreuses parce que la loi ne s'est pas complètement expliquée à ce sujet, celui de savoir quel est le Tribunal compétent pour ordonner les mesures que nous venons d'indiquer ; cette question est du reste intimement liée à celle de la constatation de l'absence car les Tribunaux n'auront le plus souvent à se préoccuper du point de savoir si un individu est ou non absent que parce qu'on leur aura demandé de prendre en sa faveur les mesures prévues par les art. 112 et 113.

L'art. 112 n'est pas à cet égard très explicite. Il dit bien qu'il sera statué par le Tribunal de première instance sur les mesures à prendre ; mais il ne nous indique pas quel sera ce Tribunal ; sera-ce celui du dernier domicile de l'absent, ou celui de la situation de ses biens ?

Ces deux Tribunaux sont les seuls entre lesquels il puisse y avoir conflit ; tous deux paraissent également mériter d'être compétents.

Au Conseil d'État, (1) la question avait été ainsi résolue par un amendement dû à M. Regnier : La prévention d'absence devait être déclarée par le Tribunal du dernier

(1) Séance du 4 frimaire an X (25 novembre 1801). Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 86.

domicile, et d'après ce jugement, chaque Tribunal devait pourvoir à l'administration des biens situés dans son ressort. Ce n'est paraît-il, que par suite de circonstances toutes matérielles que l'amendement de Regnier fut omis dans la rédaction définitive (1). Partant de là, une première opinion enseigne que, conformément à l'intention exprimée par les rédacteurs du Code lors des travaux préparatoires, il faut un premier jugement du Tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence constatant l'absence, après lequel seulement les Tribunaux de la situation des biens prennent les mesures nécessaires. (2) « La décision du Conseil d'Etat est ici d'un poids d'autant plus grand, dit Toullier, qu'elle est conforme à la raison. Avant de pourvoir à l'administration des biens, il faut juger le fait de la présomption d'absence ; or il ne peut être bien jugé que dans le lieu où l'individu est connu, c'est-à-dire au lieu de son domicile. Ce n'est pas au lieu de la situation des biens, souvent fort éloigné du domicile, et où peut-être il n'a jamais paru, qu'on peut juger si l'individu doit être réputé absent. »

« D'un autre côté, le Tribunal du domicile ne peut bien connaître s'il est nécessaire de pourvoir à l'administration des biens situés dans un ressort éloigné, ni quelle mesure il est raisonnable de prendre à leur égard.

» Ajoutez à cela que dans l'esprit du Code, il ne doit pas être pris de mesures générales pour l'administration

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, tome II, p. 305.

(2) Proudhon, I, p. 258 ; Toullier, *Droit civil*, I, n° 390.

des biens de l'absent présumé, comme dans le cas de l'absent déclaré. Ainsi, quoique le Tribunal du domicile ait décidé qu'il y a présomption d'absence et qu'il est nécessaire de pourvoir aux biens situés dans son ressort, il est possible que la même nécessité n'existe pas à l'égard des biens situés dans un autre ressort. » Mais cette opinion, par quelque bonnes raisons qu'elle se justifie, aurait l'inconvénient grave de multiplier les lenteurs et les frais, de compliquer la procédure à entreprendre afin de secourir l'absent, de décourager peut-être ceux qui seraient tentés de le faire. D'ailleurs, quels que soient les motifs pour lesquels la rédaction proposée au Conseil d'État n'est pas devenue définitive, il est certain que n'ayant pas été reproduite par le Code, elle ne peut avoir l'autorité d'un texte transformé en loi ; et l'article 112 tel qu'il existe paraît bien ne supposer qu'un seul jugement qui, se fondant sur la présomption d'absence et sur la nécessité, prescrit les mesures qu'il juge utiles à l'administration des biens de l'absent.

D'autres auteurs, dont M. Laurent, accordent indifféremment compétence au Tribunal du domicile et à celui ou à ceux de la situation des biens. On pourrait s'adresser à l'un ou l'autre pour obtenir qu'après avoir constaté l'absence d'un individu, ils prennent en sa faveur les mesures indispensables à la conservation de ses biens (1). Mais il résulterait de cette interprétation de l'article 112 une contrariété possible de jugements. Si nous supposons

(1) Laurent, II, n° 136.

que l'absent possède des immeubles dans plusieurs arrondissements différents, nous auront plusieurs Tribunaux compétents et peut-être saisis ensemble de demandes relatives à l'administration de ces biens. L'un pourra déclarer qu'il y a présomption d'absence et faire droit à la demande, l'autre estimera que cette présomption d'absence n'existe pas et qu'il ne doit pas intervenir ; et le Tribunal d'un arrondissement éloigné de celui du domicile ne risquerait-il pas de s'immiscer à tort dans les affaires d'une personne dont l'existence est certaine au lieu de son domicile ?

Aussi, une troisième opinion, enseignée par la majorité des auteurs (1), et à laquelle nous nous rallions, déclare que le Tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence est seul compétent. En effet, l'art. 112 a bien pour objet principal de faire statuer sur la conservation des biens de l'absent, mais il n'en est pas moins vrai que toujours se posera d'abord devant le Tribunal saisi la question préjudicielle de savoir si l'individu dans l'intérêt duquel on prétend agir, est ou non présumé absent. « Il s'agit, dit Demolombe, d'une sorte de question d'état dans laquelle le présumé absent joue à certains égards le rôle de défendeur » ; or il est de principe général que le Tribunal du domicile du défendeur est

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1078 ; Demolombe, II, n° 20 ; Aubry et Rau, I, § 149 ; Demante, I, n° 146 bis III et 147 bis III ; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 4^e édition, I, 621 ; Plasman, *Code et traité des Absents*, p. 21.

compétent quand la loi n'en a pas indiqué d'autre. De plus, n'est-ce pas ce Tribunal qui sera, en fait, le mieux à même d'apprécier si la personne dont il s'agit est ou non présumée absente; n'est-ce pas lui qui pourra le plus facilement s'entourer de renseignements utiles à cet égard? C'est à lui que, pour ces motifs, on laissera plus tard le soin de déclarer l'absence; n'est-il pas logique que ce soit également lui qui statue sur la présomption d'absence et les mesures qu'elle rend nécessaires, puisque cette période, pour employer l'expression de Demolombe, « n'est en quelque sorte que la préface et l'introduction des deux autres ». Cette solution a encore pour elle l'avantage d'éviter les inconvénients qui résulteraient des systèmes précédemment exposés, complication de la procédure et augmentation des frais, contrariété possible de jugements.

Donc ce sera au Tribunal du dernier domicile de l'absent, ou si ce domicile n'est pas connu, de sa dernière résidence, qu'il appartiendra de statuer sur le fait même de l'absence et sur les mesures à prendre dans l'intérêt de l'absent, même quant aux biens situés dans un autre ressort. Il pourrait d'ailleurs, en cas de difficultés résultant de l'éloignement de ces biens, renvoyer pour l'exécution des mesures prises au Tribunal de la situation (arg. art. 121, 266 C. pr. civ.) (1).

(1) Nous ne pouvons passer sous silence l'opinion émise en cette matière par M. Huc. Selon cet auteur, il faut se baser sur la nature de l'action exercée en vertu de l'art. 112 pour déterminer le Tribunal compétent. Or, la constatation de l'absence

La procédure à suivre est indiquée par l'article 859 du Code de Procédure : « Dans le cas prévu par l'article 112 du Code civil, et pour y faire statuer, il sera présenté requête au président du Tribunal. Sur cette requête, à laquelle seront joints les pièces et documents, le président commettra un juge pour faire le rapport au jour indiqué ; et le jugement sera prononcé après avoir entendu le procureur du Roi (le procureur de la République). » Les pièces et documents dont il s'agit sont tous actes, quels qu'ils soient, qui tendraient à constater la disparition et le défaut de nouvelles de l'individu dont on se propose d'établir la présomption d'absence et de protéger les droits ; par exemple, une déclaration de parents ou de voisins, un certificat du commissaire de police, un procès-verbal, un acte de notoriété contenant une déclaration de la disparition donnée par quatre témoins appelés d'office par le juge de paix du lieu du dernier domicile de l'absent, en un mot toutes pièces pouvant éclairer la religion du Tribunal. Le Tribunal pourrait sans doute également, s'il le jugeait nécessaire,

n'est qu'un moyen, le but de l'action est d'obtenir des mesures d'administration des biens de l'absent, et il y a lieu de faire la distinction suivante : cette action est réelle lorsqu'elle tend uniquement à provoquer certaines mesures conservatoires à l'égard seulement de certains immeubles déterminés ; elle devra alors être portée devant le Tribunal de la situation de ces biens. Si, au contraire elle tend à la nomination d'un curateur général à l'ensemble du patrimoine, comme le patrimoine se confond avec la personne et a le même siège, l'action devra être portée devant le Tribunal du dernier domicile du présumé absent. (I, n° 401).

demander l'avis du conseil de famille ⁽¹⁾, il pourrait même ordonner une enquête afin d'entendre les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur le disparu ⁽²⁾.

La nomination d'un juge rapporteur, l'audition du ministère public avant le prononcé du jugement sont autant de garanties pour l'absent. Le Tribunal statue en chambre du conseil. Selon les principes généraux auxquels aucun texte spécial ne déroge, ce jugement est susceptible d'appel. La faculté d'appeler appartient aux parties intéressées et au Ministère public.

(1) Pigeau. *Procédure civile*, t. II, p. 334-337; Plasman, I, p. 15 s.

(2) Demolombe, II, n° 21.

CHAPITRE III

Quelles personnes peuvent agir en vertu de l'art. 112 C. civ.? — Pouvoirs du Ministère public

Le Tribunal ne peut pas d'office constater la présomption d'absence d'un individu disparu et ordonner les mesures nécessaires à la protection de ses intérêts. Il faut (art. 112, C. civ.), que son intervention ait été provoquée ; et le droit de demander au Tribunal d'intervenir, appartient, dit le texte, aux « parties intéressées ». A quelles personnes s'appliquera cette expression, autrement dit, de quel intérêt faudra-t-il justifier pour être admis à saisir les Tribunaux, conformément aux art. 112 C. civ. et 159 C. pr. civ., à l'effet de faire statuer sur la conservation du patrimoine d'un présumé absent ?

Tout d'abord, il est certain qu'un simple intérêt d'affection ne saurait suffire pour être admis à former une demande de ce genre ; il n'y a pas lieu, en effet, de faire

ici une exception au principe général, suivant lequel l'intérêt pécuniaire est le seul qui puisse fonder une demande en justice. Il faudrait, pour y déroger, un texte exprès qui n'existe pas; lorsque la loi a voulu que la seule qualité d'ami, de parent, autorise une action en justice, elle l'a dit expressément (art. 2139, 2194 C. civ., art. 29, 38, loi 1838 sur les aliénés); on peut regretter qu'un texte de ce genre n'existe pas en faveur de l'absent; « On a craint probablement, observe Demolombe, d'exciter ainsi et de provoquer en quelque sorte un empressement indiscret à se mêler des affaires des personnes éloignées de leur domicile » (1). Cette crainte n'est-elle pas un peu exagérée?

Du reste, si les parents et amis de l'absent ne sont pas parties intéressées au sens de l'art. 112 et ne sauraient par suite s'adresser directement au Tribunal pour obtenir les mesures dont parle cet article, nous verrons tout à l'heure qu'ils pourraient du moins solliciter le Ministère public d'intervenir à cet effet.

Il faudra donc pour agir, justifier d'un intérêt pécuniaire : pas d'intérêt, pas d'action. Ceux qui ont un intérêt né et actuel à la conservation des biens de l'absent, pourront agir sans conteste; c'est le droit commun, donc, pas de difficultés. Ainsi, pourront certainement agir, par exemple : le bailleur dont le présumé absent occupe le bien comme locataire ou fermier, le nu propriétaire d'un bien dont il a l'usufruit; le coproprié-

(1) Demolombe. II, n° 23.

taire avec l'absent d'un bien indivis, son associé; ses débiteurs qui voudraient se libérer sans recourir à la procédure des offres et de la consignation; enfin, d'une façon générale, ses créanciers.

Ceux-ci peuvent avoir contre l'absent, soit une créance à terme ou conditionnelle, soit une créance exigible.

Dans le premier cas, ils ont évidemment un intérêt né et actuel à la conservation de leur gage, c'est-à-dire, du patrimoine de l'absent (art. 2092, C. civ.) et par suite peuvent certainement agir (art. 1180, C. civ.), pour qu'il soit pris les mesures que cette conservation nécessite.

Si leur créance est exigible, ils peuvent évidemment obtenir un titre exécutoire, s'ils n'en ont déjà un, et recourir aux voies d'exécution comme si leur débiteur était présent (sans qu'il soit besoin, par exemple, de lui nommer un curateur pour défendre aux poursuites ainsi que cela se passait jadis); mais ils peuvent aussi préférer remettre à plus tard l'exécution et les poursuites et ont en ce cas un intérêt pécuniaire à la conservation des biens du présumé absent.

Ainsi, toutes les personnes qui viennent d'être énumérées comme ayant un intérêt légal et actuel à obtenir les mesures de l'art. 112, pourront agir sans aucun doute. En sera-t-il de même pour ceux qui n'ont qu'un intérêt futur et éventuel : Tels sont, d'abord, les héritiers présomptifs de l'absent éventuellement appelés à recueillir sa succession; l'appelé à une substitution dont l'absent est grevé; le légataire de l'absent, le donataire de biens

à venir, etc. — Certains auteurs ont refusé à ces personnes le droit d'agir, exigeant toujours un intérêt né et actuel (1); il en est toutefois qui font une exception en faveur de ceux dont l'intérêt éventuel à son principe dans un acte (Duranton); ainsi seraient « parties intéressées » au sens de l'article 112, le substitué, le donateur avec stipulation du droit de retour, le vendeur à reméré. Mais l'opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, est que tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire, fût-il éventuel à la conservation des biens de l'absent, peuvent demander au Tribunal de prendre les mesures nécessaires; et cela, que cet intérêt trouve son principe dans un acte, comme celui des personnes ci-dessus énumérées, ou qu'il trouve son principe dans la loi, comme celui que peuvent invoquer les héritiers présomptifs de l'absent. En effet, les termes très larges de l'article 112 peuvent s'entendre de tout intérêt, même futur et éventuel. Si, habituellement, l'intérêt dont il faut justifier pour agir est un intérêt né et actuel, c'est que l'on exerce la demande pour soi; mais ici l'objet de l'action est avant tout de sauvegarder par voie de conséquence les droits de l'absent; tout intérêt doit suffire pour autoriser cette demande; c'est bien là, semble-t-il, l'esprit de la loi; et spécialement en ce qui concerne les héritiers présomptifs, ne peut-on dire que ce sont précisément ceux-là qui,

(1) Delvincourt. *Cours du Code civil*, I, p. 47, note 7; Toulhier. I, n° 394; Duranton, *Cours de droit français*, I, n° 401 s.; Merlin, *Répertoire*, v° Absent, art. 115.

étant les parents de l'absent, agiront le plus souvent autant dans son intérêt que dans leur intérêt propre (1).

Nous en dirons autant des légataires, au cas où ils pourraient produire le testament ; car l'article 123 recule l'ouverture du testament jusqu'à la déclaration d'absence.

Maintenant que nous savons quelles personnes il faut entendre par l'expression « parties intéressées » de l'article 112, voyons dans quel cas le Tribunal, retenant leur demande et y faisant droit, pourvoira à l'administration des biens de l'absent présumé. Selon l'art. 112, le Tribunal ne prendra des mesures conservatoires de ces biens que lorsqu'il y aura nécessité. La présomption d'absence n'entraîne donc par elle-même aucune mesure de protection des biens de l'absent ; il faut de plus qu'en fait, cette protection soit devenue indispensable. La raison en est la suivante : si l'absent a intérêt à ce que son patrimoine soit administré, il n'a pas un intérêt moindre à ce que l'on respecte le secret de ses affaires ; on ne saurait donc, en cette matière, agir avec trop de circonspection. Rappelons à ce propos, que dans le projet primitif du titre des absents, on ne s'occupait pas de l'absent avant la déclaration d'absence, précisément dans cette crainte d'une immixtion trop précipitée dans les affaires de la personne disparue de son domicile.

(1) Plasman. I, p. 30 ; Aubry et Rau, I, § 149 ; Demolombe, II, n° 22 ; Demante, I n° 146 bis I ; Baudry-Lacantinerie et Hougues-Fourcade. II, n° 1074 ; Laurent, II, n° 137 ; Iluc, I, n° 399 ; Planiol, I, n° 622.

Les Tribunaux apprécieront souverainement s'il y a ou non nécessité ; c'est une question de fait ; à cet égard, quel sera l'effet de la procuration laissée par l'absent ? Il n'y aura évidemment pas nécessité de prendre des mesures destinées à sauvegarder les intérêts de l'absent lorsque celui-ci aura laissé un procureur fondé. L'art. 112, du reste, le dit expressément. Mais encore ceci demande-t-il quelques explications. Si le mandataire a des pouvoirs suffisants pour accomplir tout ce qu'il sera besoin de faire dans l'intérêt de l'absent, il est clair qu'il n'y aura jamais nécessité de recourir au Tribunal pour obtenir des mesures conservatoires conformément à l'article 112. L'absent ayant en effet lui-même pourvu à la sauvegarde de ses intérêts en laissant un représentant, c'est ce mandataire qui se chargera de l'entretien et de l'administration des biens qui lui ont été confiés. Ce mandat, d'ailleurs, si la durée n'en a pas été limitée par l'absent lui-même, conservera sa valeur tant que l'absence n'aura pas été déclarée. Mais, si le mandataire laissé par l'absent n'avait qu'un pouvoir spécial et limité, l'intervention du Tribunal serait nécessaire lorsqu'il s'agirait de pourvoir à un intérêt que la procuration ne prévoit pas ; ici encore les juges apprécieraient si les pouvoirs du mandataire sont ou non suffisants pour parer à l'éventualité qui se présente. Enfin, il faut remarquer que l'intervention du Tribunal peut devenir nécessaire, même dans l'hypothèse où le mandataire laissé par l'absent jouit des pouvoirs les plus étendus, si le mandat venait à cesser d'une façon

quelconque, ou si les parties intéressées dénonçaient au Tribunal l'infidélité ou la déconfiture du mandataire, ou encore si celui-ci se trouvait avoir des intérêts contraires à ceux du présumé absent.

La loi ne pouvait préciser les cas où il y aura nécessité de pourvoir à l'administration du patrimoine de l'absent, les Tribunaux apprécieront; ainsi pour donner quelques exemples il y aura nécessité s'il s'agit de faire faire des réparations urgentes aux immeubles de l'absent qui dépérissent, de faire cultiver ses terres, s'il s'agit de prévenir l'insolvabilité d'un débiteur, d'empêcher une prescription de s'accomplir, de renouveler une inscription hypothécaire, etc.

— Somme toute, en exigeant des personnes qui veulent faire pourvoir à l'administration des biens de l'absent qu'elles y soient personnellement et pécuniairement intéressées, l'article 112 protège celui-ci de façon un peu indirecte; la loi suppose qu'il se trouve des tiers ayant des intérêts communs avec lui; en agissant pour leur compte personnel, ils feront œuvre utile à l'absent. Mais il se peut que les tiers n'agissent pas parce qu'ils n'y ont pas intérêt ou que leur intérêt est contraire à celui de l'absent. Le patrimoine de celui-ci restera-t-il alors à l'abandon? Cette question nous amène naturellement à étudier quels sont les pouvoirs et les devoirs du Ministère public vis-à-vis de l'absent présumé. — Aux termes de l'article 114 C. civ. « Le Ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes pré-

sumées absentes ; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent ».

De là résulte d'abord nettement et sans que cela puisse faire l'objet d'aucun doute, l'obligation pour le ministère public de donner ses conclusions dans toutes les affaires qui concernent les présumés absents. Le code de procédure (article 83 § 7), confirme le Code civil sur ce point. C'est ainsi que le Ministère public devra se faire entendre lorsque, conformément à l'article 112 une personne « intéressée » demandera au Tribunal de constater l'absence d'un disparu et de prendre en conséquence les mesures nécessaires à la conservation de son patrimoine ; il devra par exemple s'opposer à ce que la personne simplement éloignée soit considérée comme absente, discuter l'utilité des mesures d'administration auxquelles le Tribunal se propose de recourir, etc. ; il devra également se faire entendre, lorsqu'un administrateur général ayant été nommé à l'absent, cet administrateur intentera une action ou y défendra au nom de l'absent ; il donnera encore ses conclusions dans les procès qui pourront s'élever au cours de liquidations et partages où l'absent est intéressé, etc.

Mais nous pensons en outre que l'article 114, en chargeant le Ministère public de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, a entendu lui conférer le droit d'agir en vertu de l'article 112 pour demander directement au Tribunal de pourvoir à l'administration de leurs biens. L'article 114 se compose en effet de deux

parties bien distinctes et qui donnent effectivement au Ministère public des pouvoirs différents. Ces deux parties feraient double emploi si le seul moyen pour le Ministère public de « veiller aux intérêts des personnes présumées absentes » (1^{re} partie) était de se faire entendre sur toutes les demandes qui les concernent (2^e partie). L'intention du législateur a certainement été de donner aux Procureurs de la République le pouvoir de demander directement aux Tribunaux les mesures conservatoires auxquelles fait allusion l'article 112. Remarquons d'ailleurs que cette interprétation de l'article 114 est la seule qui puisse assurer une protection efficace des droits de l'absent présumé. Il peut en effet arriver, comme nous le faisons observer tout à l'heure, qu'aucun tiers ne soit intéressé à cette protection et que personne n'agisse ; d'autre part, nous avons refusé, en l'absence d'un texte exprès, le droit aux parents et amis du disparu, alléguant leur seul intérêt d'affection, de s'adresser au Tribunal directement ; le système que nous exposons, leur permettra de ne pas délaisser les intérêts de la personne à laquelle ils s'intéressent, ne pouvant agir eux-mêmes, ils requerront le Ministère public de le faire.

C'est en ce sens que se sont prononcés la majorité des auteurs (1) et la Jurisprudence. Citons un arrêt de la

(1) Demolombe, II, n° 29 ; Aubry et Rau, § 149 ; Demante, I, n° 48 s. ; Laurent, II, n° 138 ; Hue, I, n° 403 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1076 ; Debacq, *De l'action du ministère public en matière civile*, 2^e édition, p. 163 s.

Cour de Cassation du 8 Août 1812 ⁽¹⁾ d'après lequel le Ministère public a droit de requérir la nomination d'un administrateur des biens; un jugement de la Cour de Metz du 15 mars 1823 ⁽²⁾ d'après lequel le Ministère public a voie d'action pour faire établir aux absents le cas échéant, des administrateurs, curateurs, ou notaires, à l'effet de les représenter, de pourvoir à leurs intérêts et de défendre leurs droits. Cet arrêt fait nettement la distinction entre les deux parties de l'art. 114, distinction qui sert d'argument à l'interprétation proposée de cet article. « Si dans la dernière, est-il dit dans les attendus de l'arrêt, le Ministère public doit seulement conclure, dans la première il peut et doit agir ». En ce sens encore un arrêt de la Cour de Cassation du 23 Août 1837 ⁽³⁾. Enfin, rappelons l'arrêt déjà cité de la cour de Nancy (26 mars 1874). Cet arrêt se basant sur l'article 3, titre 8, de la loi du 16 Août 1790, qui charge les procureurs de « veiller pour les absents indéfendus », a autorisé le Ministère public à demander la nomination d'un administrateur général; il peut donc servir d'argument en faveur d'une interprétation semblable de l'article 114, qui emploie à peu près les mêmes termes que la loi de 1790.

Mais faut-il aller jusqu'à dire que le Ministère public pourrait intenter lui-même et directement contre les tiers les actions appartenant au présumé absent? Non, sans

(1) Journal du Palais, vol. X, p. 28.

(2) S., 1823, 2, 307.

(3) S., 1837, 1, 809.

doute. Le ministère public, même si on lui refuse ce pouvoir, n'en exercera pas moins efficacement la mission générale que lui impose l'article 114 de veiller aux intérêts de l'absent présumé; il n'aura qu'à requérir du Tribunal la nomination d'un curateur chargé d'intenter ces actions au nom de l'absent; par le pouvoir que nous lui avons précédemment reconnu d'agir en vertu de l'art. 112, il se trouve en mesure de parer à toutes éventualités. Et puis, faire jouer ainsi au Ministère public le rôle personnel et direct de partie, de plaideur, ne serait-il pas, comme dit M. Demolombe (1), « compromettre la dignité de ses fonctions et l'efficacité même de sa protection en lui enlevant ce caractère d'autorité et d'impartialité qu'il doit toujours conserver ». Au reste, le fait par le Ministère public de plaider au nom du présumé absent paraît inconciliable avec la règle qu'il doit être entendu sur toutes les demandes qui le concernent. Ses conclusions risqueraient fort d'être impartiales, tenté qu'il serait naturellement de pencher en faveur de la personne qu'il représenterait (2).

En résumé, le rôle du Ministère public pendant la période de présomption d'absence consiste à donner ses conclusions dans les causes où sont intéressés des présumés absents, et à provoquer des Tribunaux les mesures

(1) Demolombe, II, n° 30.

(2) Demolombe, II, *loc. cit.*; Debaeq, *op. cit.*, p. 168 s.; Aubry et Rau, § 149, n° 6; Demante, I, n° 148 bis, I et II; Laurent, II, n° 139; Plasman, I, p. 85; Iluc, I, n° 403; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1077.

nécessaires à l'administration de leurs biens conformément à l'article 112.

Lorsque les héritiers présomptifs demanderont la déclaration de l'absence, l'enquête à laquelle il doit être alors procédé, sera faite contradictoirement avec le Ministère public.

Après l'absence déclarée, quelques obligations incombent encore au Ministère public : Nous les indiquerons à mesure qu'elles se présenteront.

CHAPITRE IV

Quelles mesures les Tribunaux peuvent-ils prendre en vertu de l'article 112 C. civ. ? — Nomination d'un curateur ; Nomination d'un notaire ; Pouvoirs du curateur et du notaire

La loi ne détermine pas quelles mesures les tribunaux doivent ordonner pour assurer l'administration et la conservation du patrimoine de l'absent présumé. De même qu'elle a laissé à leur sagesse le soin d'apprécier en fait si l'existence de l'individu disparu est devenue incertaine, et si par suite il y a nécessité de protéger ses biens, de même elle leur abandonne entièrement le choix des mesures à prendre ; c'est logique d'ailleurs ; ces mesures peuvent ne pas être les mêmes suivant les espèces et les circonstances.

Il est certain d'abord que les tribunaux pourront ne prendre que des mesures partielles d'administration si certains intérêts seulement sont compromis. Cela résulte clairement du texte même de l'article 112. « S'il y a nécessité de pourvoir à tout ou partie des biens ». Si donc

une partie seulement des biens laissés par l'absent est en souffrance, les tribunaux ne statueront qu'à l'égard de ces biens et prendront les mesures que nécessite leur état. Ainsi, pour prendre quelques exemples de Demolombe (1), les terres sont sans culture, les baux sont expirés, on renouvellera les baux ; le présumé absent a formé une société et le contrat ne donne pas à son associé le pouvoir d'agir seul, on l'y autorisera. Des denrées peuvent se perdre, on les vendra ; une prescription va s'accomplir, une inscription se périmer, un débiteur devient insolvable ; on interrompra la prescription, on renouvellera l'inscription hypothécaire, on poursuivra le débiteur, etc.

Si au contraire, et ce qui arrivera le plus souvent, il y a lieu de pourvoir à l'administration de l'ensemble des biens laissés par l'absent, le Tribunal ne pourra mieux faire que de nommer un administrateur général de son patrimoine. Rien ne s'y oppose ; c'était l'usage dans l'ancien droit, et si lors de la rédaction du Code on manifeste à l'égard des anciens curateurs une certaine défiance à raison des dilapidations dont ils s'étaient rendus coupables, leur nécessité fut néanmoins reconnue (2) ; la plupart du temps, les circonstances exigeront qu'un administrateur soit nommé ; souvent d'ailleurs cette nomination d'un administrateur peut revêtir l'apparence d'une mesure spéciale : si par exemple, la mission

(1) Demolombe, II, n° 34.

(2) Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 59 et s.

conférée est la direction d'une entreprise quelconque délaissée par l'absent, usine, exploitation agricole, fonds de commerce. Mais généralement, il sera nommé un administrateur à l'ensemble du patrimoine ; par ce moyen, on ne sera pas obligé d'intervenir à chaque instant devant le Tribunal, à mesure que le besoin se produira d'administrer telle ou telle partie des biens. Tous les auteurs (1) admettent la possibilité pour le Tribunal appelé à pourvoir à l'administration des biens de l'absent présumé, de nommer un semblable mandataire. La jurisprudence est également constante en ce sens (2). L'administrateur choisi par le Tribunal peut être un tiers quelconque, un parent ou ami de l'absent ; à Paris, et dans certaines grandes villes de province, il sera pris parmi un personnel spécial ayant la confiance habituelle du Tribunal ; ailleurs, les notaires, les avoués, les greffiers et leurs commis seront le plus souvent désignés comme administrateurs. Le mandat est salarié, l'administrateur choisi pourrait refuser cette fonction.

Au cas particulier où l'absent est intéressé dans des inventaires, comptes, partages, liquidations, le Tribunal doit commettre un notaire pour le représenter (art. 113 C. civ.). Le Tribunal ne peut choisir pour représenter le présumé absent qu'un notaire ayant le droit d'instru-

(1) Demolombe, II, n° 36 ; Aubry et Rau, § 149, n° 8 ; Demante, I, n° 146 bis ; Laurent, II, n° 141 ; Hue, I, n° 402 ; Planiol, I, n° 623 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1069.

(2) Bertin, I, n° 318 s. ; Lacoïn, *op. cit.*, p. 15 s.

menter dans les lieux où les opérations devront être faites ; c'est en sa qualité que le notaire agit, et hors de son ressort, il n'est qu'une personne privée (1). Ici donc, les juges n'ont plus le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la meilleure mesure à prendre ; la loi la leur impose. L'hypothèse particulière visée par l'art. 113 suppose qu'une succession est échue à l'absent avant sa disparition et qu'il n'a pas laissé de procureur fondé ou que ses intérêts sont en opposition avec ceux de son mandataire. Le droit de demander la nomination du notaire appartient à la partie la plus diligente (art. 113). La loi a voulu que dans ce cas tout spécial, l'absent fût représenté par un homme versé dans les affaires et qui pût offrir plus qu'un autre des garanties de capacité et de probité. « L'absent lui-même n'eut pu choisir personne qui, plus qu'un notaire, fût en état de connaître et de défendre ses intérêts dans ce genre d'affaires. Les connaissances spéciales d'un tel fondé de pouvoirs, la probité, la prudence qu'on ne peut s'empêcher de supposer chez un homme qui, par profession, est l'organe et le dépositaire de la foi publique, tout ici protège les intérêts de l'absent présumé (2) ».

Remarquons que la nomination d'un notaire pour représenter l'absent, s'impose, en raison même de la généralité des termes employés par l'art. 113, dans tous

(1) Encyclopédie du Notariat, tome I, *vo Absence*, § 26.

(2) Bigot. — Préameneu. *Exposé des motifs*. Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 131.

les cas où l'absent se trouve intéressé dans des comptes, partages, liquidations, que ce soit le résultat de l'ouverture d'une succession, de la dissolution d'une société, etc. Les intérêts de l'absent sont les mêmes dans ces divers cas, les mêmes motifs s'y retrouvent de le protéger spécialement par un homme versé dans les affaires.

La nomination faite antérieurement par le Tribunal d'un administrateur du patrimoine de l'absent, n'empêcherait pas qu'un notaire dût être commis pour le représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations. Ainsi, l'absent présumé pourra avoir deux mandataires, l'administrateur chargé de la gestion générale de son patrimoine, le notaire, chargé spécialement du règlement des comptes, partages, liquidations. D'ailleurs ce règlement effectué, les biens nouvellement acquis à l'absent par suite de ces opérations dont le notaire s'est seul occupé, retomberont ensuite sous la gestion de l'administrateur.

Il ne faut pas confondre le notaire nommé par application de l'article 113 avec celui qui, d'après les art. 931 et 942 du Code de procédure, représente les non-présents à la levée des scellés et à l'inventaire ; ce dernier se borne à *représenter* les non-présents et les représente tous ; le notaire dont nous parlons maintenant a au contraire pour mission de défendre les intérêts du présumé absent, de discuter et faire valoir ses droits lors du partage ; si deux ou plusieurs absents présumés se trouvaient intéressés dans des inventaires, comptes, partages, liquidations, il

faudrait autant de notaires pour veiller à la défense de leurs droits respectifs.

Le notaire ne saurait refuser la mission qui lui est confiée.

— Ceci dit, examinons plus attentivement les pouvoirs respectifs de l'administrateur et du notaire.

Le curateur a d'une façon générale la mission d'administrer les biens de l'absent. Ses pouvoirs seront réglés par le jugement qui aura prononcé sa nomination. Il importe même que ces pouvoirs soient nettement précisés afin d'éviter toute difficulté avec les tiers, afin d'éviter aussi à l'administrateur d'être obligé de s'adresser de nouveau à chaque instant au Tribunal. M. Bertin ⁽¹⁾ propose cette formule :

Le TRIBUNAL,

Sur la requête présentée par M..... ; vu l'ordonnance du soit communiqué ; vu les conclusions du ministère public ainsi conçues... ; ouï le rapport de M..., juge ;

Attendu qu'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens et affaires de X..., présumé absent, et qui n'a point de procureur fondé ;

Vu l'article 112 du Code civil,

Nomme N... administrateur provisoire des biens et affaires de X..., l'autorise à faire tous les actes conservatoires, exercer toutes poursuites, plaider tant en demandant qu'en défendant, produire aux ordres et contributions, toucher toutes sommes, en donner quittance, consentir main levée de toutes inscriptions et oppositions.

La Chambre du Conseil doit en outre, dit-il, imposer à l'administrateur l'obligation de consigner les sommes qu'il touchera ou d'en faire un emploi déterminé.

A défaut de pouvoirs détaillés, et si le Tribunal s'était

(1) Chambre du Conseil, I, n° 319.

contenté de nommer l'administrateur sans déterminer de façon précise ce qu'il pourra et devra faire dans l'intérêt de l'absent, quels pouvoirs résulteraient pour lui de sa seule qualité? Il pourrait et devrait toucher les revenus, recouvrer les créances, payer les dettes, faire les réparations d'entretien, donner à bail les immeubles de l'absent, mais à la condition que ce ne soit que pour une courte durée (1); faire emploi des capitaux, dont il ne devra pas les intérêts de plein droit, mais seulement relativement aux sommes employées à son usage et à dater de cet emploi (art. 1996, C. civ.); mais il serait tenu des intérêts s'il avait commis une faute lourde, spécialement s'il avait placé les sommes perçues de façon peu productive.

En ce qui concerne le recouvrement des créances, les débiteurs ne sauraient se refuser à payer entre les mains du curateur en alléguant son insolvabilité, même survenue depuis sa nomination, puisqu'ils seront valablement libérés en payant à ce représentant légal de l'absent (Art. 1239, 1240, C. civ.) (2).

L'administrateur pourrait sans doute procéder à certaines aliénations de meubles, ventes de récoltes, de marchandises d'un fonds de commerce, de meubles sujets à déperissement.

Enfin, la jurisprudence admet que le curateur nommé à l'absent, peut, sans que le pouvoir lui en ait été donné

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Du contrat de louage*, I, n° 68; Toulouse, 26 avril 1893, D., 94, 2, 556. Cpr. loi du 30 juin 1838 (art. 37).

(2) Demolombe, II, n. 39; Plasman, I, p. 38.

expressément, intenter sans distinction toutes les actions appartenant à l'absent et *a fortiori* y défendre. (Cassation, 6 novembre 1828 (1) ; Cassation 25 août 1813 (2) ; Tribunal de commerce de la Seine, 18 juillet 1894 (3)). « Attendu, dit cette dernière décision, que lorsqu'un curateur a été nommé sans qu'aucune disposition du jugement ait limité son administration, ledit curateur a qualité pour représenter l'absent, et ses pouvoirs non limités s'étendent à tout ce qui rentre dans les nécessités de son mandat ».

Les Jugements rendus avec le curateur sont réputés contradictoires et obligent l'absent. Ils ne peuvent pas être frappés par celui-ci ni ses ayants-cause, de tierce-opposition, car cette voie de recours n'appartient qu'à ceux qui n'ont pas été représentés, (art. 474 C. proc. civ.), et l'absent a été représenté par son curateur ; l'absent ne pourrait davantage attaquer ces jugements par voie de requête civile, en soutenant qu'il n'a pas été valablement défendu ; car l'article 481 C. proc. civ. qui énumère quelles personnes peuvent utiliser cette voie de recours est limitatif, la requête civile étant une mesure exceptionnelle et exorbitante du droit commun. N'oublions pas, d'ailleurs, que les intérêts de l'absent, en justice, sont garantis par les conclusions du Ministère public ; au surplus, on admet généralement que l'absent pourrait exercer la tierce opposition en cas de fraude pratiquée

(1) D., 1828, 1, 435.

(2) S., 1815, 1, 135.

(3) *Gazette des Tribunaux*, 31 août 1894.

entre le curateur et son adversaire ; il peut, en effet, alors, être considéré comme n'ayant pas été représenté (1).

Les pouvoirs de l'administrateur nommé en vertu de l'article 112 pourront cesser par la renonciation, la révocation, la mort, l'expiration du délai pour lequel le mandat a été donné. Ils cesseront aussi en même temps que cessera la présomption d'absence ; ils pourront cependant suivant les circonstances être maintenus.

C'est ainsi qu'il a été jugé que les pouvoirs de l'administrateur nommé aux biens de l'absent ne cessent point par celà seul qu'il est survenu un jugement de déclaration d'absence. Il faut de plus que les héritiers aient demandé et obtenu l'envoi en possession. « En effet, s'il en était autrement, si le refus ou la négligence de l'héritier présumé à se faire envoyer en possession devait entraîner la cessation des fonctions de l'administrateur, les intérêts de l'absent pourraient en être gravement compromis : ses immeubles abandonnés seraient exposés à toute espèce de dégradations ou détériorations ; ses meubles pourraient être dilapidés et ses créances menacées de prescription ou de déchéance. Les tiers eux-mêmes pourraient être lésés dans les droits qu'ils auraient à exercer contre l'absent puisqu'ils n'auraient pour l'exercice de ces droits aucun contradicteur légitime (2). »

Nous pensons, de même, que le curateur resterait en

(1) Demolombe, II, n° 39 ; Plasman, I, p. 38 ; Aubry et Rau, I, § 149 ; Baudry, Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, 1069.

(2) Civ. Cass., 18 mars 1839 ; S., 29, 1, 210 ; D., 29, 1, 187.

fonctions, en cas de nouvelles ou de retour de l'absent, tant que celui-ci n'aurait pas pourvu à son remplacement ou déclaré qu'il entend lui-même s'occuper de ses affaires.

L'art. 21 de la loi du 11 brumaire an VII accordait une hypothèque aux absents sur les biens de leurs curateurs et administrateurs pour raison de leur gestion. L'article 2121 du Code civil n'a pas reproduit cette disposition ; les absents n'ont donc plus d'hypothèque légale sur les biens de leur curateur ; mais, à défaut d'une hypothèque légale, ont-ils une hypothèque judiciaire résultant du jugement qui a nommé ce curateur ? Non sans doute ; en effet, il ne résulte de ce jugement aucune créance contre le curateur ; celui-ci n'a pas encore géré, il ne doit rien. « Les jugements qui nomment des curateurs, des administrateurs provisoires, disent MM. Aubry et Rau, sont des actes de juridiction gracieuse auxquels ne s'appliquent pas le motif qui a fait admettre l'hypothèque judiciaire ; ils ne contiennent d'ailleurs en eux-mêmes, aucun germe de condamnation. Ce n'est point en effet de ces jugements mais du fait subséquent de la gestion que procédera pour le curateur ou l'administrateur l'obligation de rendre compte, obligation qui, en cas de contestation, devra être déclarée par un nouveau jugement (1). »

Les pouvoirs du notaire commis pour représenter l'absent dans le cas prévu par l'article 113 seront, comme ceux du curateur, déterminés par le jugement d'où résulte sa nomination. C'est donc à ce jugement qu'il

(1) Aubry et Rau, t. III, § 265, texte et note 13.

faudra recourir pour les apprécier. Si le tribunal s'est contenté de commettre le notaire suivant les termes de l'article 113, quelle sera sa mission ? en quel sens exactement représente-t-il l'absent ? Cette représentation n'est pas une représentation de pure forme ; le notaire devra, dans les opérations pour lesquelles il est nommé, veiller aux intérêts de l'absent, faire respecter ses droits ; il ne doit pas seulement surveiller la forme extérieure des actes, mais s'attacher à ce que le fonds même en soit avantageux pour l'absent ; et très certainement le notaire mandataire devrait être déclaré responsable des fautes ou erreurs qu'il laisserait commettre au préjudice de l'absent dans l'établissement des droits et de la part qui lui revient. Il a été ainsi jugé que le notaire commis en vertu de l'article 113 serait solidairement responsable avec le notaire instrumentaire des irrégularités qui peuvent être commises dans la réception des actes auxquels il assiste comme représentant l'absent, par exemple du défaut de cote et paraphe des pièces inventoriées, en l'espèce des titres de créance et si, par suite, ces créances étaient aliénées au préjudice de l'absent (1).

Il a le devoir de demander au tribunal l'indication d'un placement qui rende productives les sommes touchées pour l'absent, ou de les consigner dans un dépôt public (2).

Mais le notaire ne pourrait lui-même provoquer le

(1) Paris, 7 novembre 1839 ; S., 40, 2, 64.

(2) Cass., 16 février 1853 ; S., 53, 1, 251.

partage au nom de l'absent (1); l'action en partage dépasse les bornes de l'administration (arg. art. 465, C. civ.). D'ailleurs, les termes de l'art. 113 semblent bien supposer un partage provoqué par d'autres que le représentant de l'absent. Néanmoins, il résulte d'un arrêt rendu par la chambre des requêtes le 21 novembre 1887, que si le notaire commis en vertu de l'article 113, pour représenter un présumé absent ne peut provoquer lui-même le partage, aucune atteinte n'est portée à cette règle par les conclusions dudit notaire en première instance, tendant à la cessation de l'indivision et à la vente des immeubles communs, alors que ces conclusions ne constituent qu'une adhésion à celles formulées au nom de l'une des autres parties en cause qui a pris l'initiative de la demande (2).

Le partage pour être définitif doit être fait conformément aux articles 838, 840, C. proc. civ.

Le notaire commis ne saurait valablement instrumenter dans les opérations où il représente l'absent (arg. art. 7, loi des 29 septembre-6 octobre 1791) (3).

* * *

— La période de présomption d'absence cesse par la preuve acquise du décès de l'absent ou, à l'inverse, par le retour de celui-ci et par la réception de ses nouvelles ;

(1) Demolombe, II, n° 43; Aubry et Rau, § 149; Plasmann, I, p. 63; Demante, I, n° 147 bis, IV; Huc, I, n° 402; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1071.

(2) S., 88; I, 324; D., 83, I, 465.

(3) Bertin, I, p. 273 et 352; Demolombe, II, n° 44; Huc, I, 402; Baudry, II, n° 1072.

en ce cas les mesures qui ont été prises pourront être maintenues jusqu'à ce que l'absent ait effectivement repris la gestion de son patrimoine ; c'est ainsi, avons nous vu que l'administrateur pourrait jusque-là rester en fonctions. Il n'y a plus cependant que simple éloignement, non-présence ; et cette solution n'est-elle pas contraire à la théorie que nous soutenions plus haut d'après laquelle les articles 112 et suivants ne sont applicables qu'aux absents proprement dits ? Nous répondrons qu'en ce cas particulier, il n'y a plus à éviter les inconvénients qui, habituellement, font que l'on ne s'occupe pas des non-présents ; il n'y a plus à craindre de s'immiscer mal à propos dans les affaires de la personne éloignée et d'en dévoiler le secret. C'est déjà fait ; il ne s'agit plus que de continuer des mesures prises, ce qui n'est pas la même chose que d'intervenir pour la première fois. C'est ainsi encore, et cela peut s'expliquer de même (1), que l'article 131 décide que si l'absent reparait ou si son existence est prouvée pendant l'envoi en possession provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence, cesseront sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires possibles au cas de présomption d'absence.

Enfin, la période de présomption d'absence peut cesser, et cessera en fait le plus souvent, par la déclaration d'absence suivie d'envoi en possession provisoire, c'est-à-dire, par l'ouverture de la seconde période à l'étude de laquelle nous allons maintenant passer.

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1088.

DEUXIÈME PARTIE

Protection des Biens de l'Absent après la déclaration d'absence

CHAPITRE I

Déclaration d'absence et envoi en possession provisoire. — But et caractères de l'envoi en possession provisoire

Lorsque la période de présomption d'absence, autorisant en cas de nécessité les mesures que nous venons d'étudier, a duré un certain temps, la loi organise, au moyen de l'envoi en possession provisoire, un système régulier, général et permanent d'administration des biens de l'absent. Mais il faut d'abord que l'absence ait été déclarée par jugement.

— Le délai après lequel la déclaration d'absence peut être provoquée varie suivant que la personne disparue a ou non laissé une procuration.

Si elle n'a pas laissé de mandataire, la déclaration d'absence peut être poursuivie quatre ans après sa disparition ou ses dernières nouvelles (art. 115 C. civ.).

Si elle a laissé un mandataire, la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'après dix ans révolus depuis la même époque; c'est logique, elle a prévu un long éloignement et pourvu au principal besoin qu'il entraîne; son silence est explicable. Il faut bien remarquer d'ailleurs que la procuration générale, seule, retarde certainement et toujours la déclaration d'absence. Quant au mandat spécial, qui n'implique pas par lui-même l'intention d'une longue absence de la part du disparu et n'explique pas son silence puisqu'il sait qu'une partie au moins de ses biens est en souffrance, il n'entraîne pas forcément le même résultat; toutefois les juges pourraient, d'après les circonstances, apprécier si l'existence d'un tel mandat doit en l'espèce, mettre obstacle à la déclaration d'absence avant dix ans révolus depuis le départ ou les dernières nouvelles (arg. art. 117) (1).

La procuration donnée pour une durée indéterminée ou supérieure à dix ans, ne retarderait pas la déclaration d'absence au delà de ce délai.

Si cette procuration venait à expirer avant le délai de dix ans pour une cause quelconque étrangère à l'absent, la mort du mandataire, par exemple, la déclaration

(1) Aubry et Rau, 1, § 151, n° 3; Plasman, I, p. 198; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1088; Planiol, I, n° 625.

d'absence ne pourrait quand même être demandée avant les dix ans révolus. L'article 122 le dit expressément. Et, en effet, si l'absent ne donne pas de ses nouvelles, c'est peut être parce qu'il ignore la cessation du mandat qu'il a donné et croit ses intérêts sauvegardés.

Mais si la procuration expire avant le délai de dix ans parce que le terme que lui a fixé l'absent lui-même est d'une durée inférieure, s'il s'agit par exemple d'une procuration valable pour deux ans, pour cinq ans, faudrait-il encore attendre dix années avant de pouvoir demander la déclaration d'absence? L'article 122 ne fait pas de distinction; mais il résulte des travaux préparatoires⁽¹⁾ que les rédacteurs du Code n'ont pensé qu'à la cessation du mandat résultant d'une cause étrangère à l'absent; le silence de celui-ci ne s'explique plus lorsque le délai qu'il avait fixé à son mandat est expiré; aussi pensons-nous qu'alors, conformément à l'esprit de la loi, la déclaration d'absence pourra être demandée quatre années après l'expiration du mandat, à la condition bien entendu que ces quatre années, jointes au délai de la procuration, ne dépassent pas dix ans, délai maximum⁽²⁾.

Le délai, quel qu'il soit, court du jour de la disparition de l'absent ou du jour de l'envoi⁽³⁾ de ses dernières nouvelles.

(1) Loqué, *Lég. civ.*, IV, p. 137.

(2) Aubry et Rau, I, n° 151; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1090.

(3) Et non du jour de la réception. Demolombe, II, 57; Demante, I, n° 150 bis, III; Laurent, II, n° 156; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1092; Iluc, I, n° 409.

Les personnes pouvant demander la déclaration d'absence sont toutes celles qui peuvent se faire envoyer en possession provisoire des biens de l'absent, puisque cette déclaration d'absence n'est, en quelque sorte, que le préliminaire de l'envoi ; ce sont donc les héritiers présomptifs et tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent ; ce point sera bientôt examiné avec plus de soins.

Ces personnes devront s'adresser pour faire déclarer l'absence au Tribunal de première instance du lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence de l'absent ; personne ne le conteste.

La procédure à suivre mérite d'être signalée, à cause des précautions que la loi prend dans l'intérêt de l'absent. La demande s'introduit par une requête présentée au président du Tribunal avec les pièces et documents à l'appui (arg. art. 860 C. proc. civ.) ; le ministère public représente l'absent (1), il doit donner ses conclusions. Un juge commis fait son rapport. Le Tribunal peut alors, si l'existence de la personne contre laquelle est dirigée la demande ne lui paraît pas douteuse, rejeter *de plano* cette demande ; si les pièces et documents produits lui paraissent probants de l'absence, il ne peut la déclarer sans avoir préalablement ordonné une enquête (art. 116, art. 119 C. civ.). Cette enquête permettra aux juges de savoir si personne n'est capable de donner des nouvelles récentes du disparu ;

(1) Pour ce motif, le Ministère public ne pourrait demander la déclaration d'absence.

elle sera faite, dit l'art. 116, contradictoirement avec le Ministère public qui pourrait, par exemple, reprocher les témoins, demander une contre-enquête. Pour offrir plus de garanties, l'enquête sera faite dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence s'ils sont distincts l'un de l'autre ; elle aura lieu suivant les formes ordinaires, mais on admet en général, en raison de son but même, que les parents, les domestiques de l'absent peuvent y être entendus ; en effet ne pas les entendre serait peut-être se priver des témoignages les plus intéressants (1).

D'après cette enquête, le Tribunal a pu conclure que l'existence de l'individu disparu est vraiment incertaine et qu'il y a lieu de le déclarer absent ; cependant il ne pourra le faire qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête (art. 119). C'est encore une garantie pour l'absent. Ce délai n'a d'autre but que de lui laisser le temps, s'il existe quelque part, d'être informé des conséquences de son silence et de s'opposer à la demande dirigée contre lui ; il peut savoir, en effet, ce que l'on fait : le jugement ordonnant l'enquête, comme celui qui déclarera l'absence, sont rendus publics ; art. 118 C. civ. : « Le procureur de la République enverra aussitôt qu'ils seront rendus les jugements tant préparatoires que définitifs, au Ministre de la Justice qui les rendra publics ». Cette publication a lieu en fait, par insertion au *Journal Officiel*.

(1) Demolombe, II, 66 ; Plasman, I, p. 66 ; Aubry et Rau, 4, § 451 ; Huc, 4, n° 416 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1897.

Il a été jugé par la Cour de Cassation, arrêt du 15 juillet 1878 (1), que la publication du jugement qui a ordonné l'enquête, et que le laps d'une année entre la date de ce jugement et celle du jugement définitif sont des formalités substantielles; — et qu'à défaut de l'une et de l'autre de ces conditions et notamment tant que la première n'a pas été remplie l'absence ne saurait être déclarée.

Les jugements, tant préparatoire que définitif, sont susceptibles d'appel, soit de la part des parties, soit de la part du Ministère public.

— L'absence ayant été déclarée, que va devenir le patrimoine de l'absent? Les articles 120 et 123 répondent ainsi à cette question :

Art. 120. « Ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration ».

Art. 123. « Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur du Roi (de la République); et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent, des droits subordonnés

(1) S., 78, 1, 452; D., 78, 1, 422.

à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution. »

Tel est l'envoi en possession provisoire, dont nous déterminerons bientôt le but et la nature.

— Les biens qui en font l'objet sont tous ceux que l'absent possédait lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et ceux-là seuls; c'est-à-dire, tous ses droits réels ou de créance, de quelque modalité qu'ils fussent affectés, toutes les actions qui lui appartenaient alors; les fruits perçus depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, et qui seront attribués, suivant l'opinion la plus courante, à ceux qui seront envoyés en possession de l'objet particulier qui les a produits (1).

— Ceux qui peuvent demander l'envoi en possession sont : 1° Les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, c'est-à-dire, ses héritiers légitimes, ses successeurs irréguliers. Les héritiers ou successeurs décédés depuis ce jour peuvent être représentés par leurs propres héritiers ou successeurs. En cas d'inaction des héritiers les plus proches, l'envoi en possession pourrait être demandé par les héritiers plus éloignés. 2° Les légataires, les donataires de biens à venir ou leurs héritiers, enfin toutes personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès; par exemple, le donataire avec stipulation du droit de retour, l'appelé à la substitution

(1) Demolombe, II, nos 85-86; Laurent, II, n° 167; Huc, I, n° 419; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 1111-1112.

dont l'absent est grevé, le nu propriétaire du bien dont l'absent a l'usufruit, etc.

L'envoi en possession sera accordé à ces divers intéressés en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence et dans les mêmes formes (arg. art. 860 C. pr. civ.) ; en pratique même les deux demandes n'en font généralement qu'une et un seul jugement statue sur le tout ; l'article 120 C. civ. qui prévoit deux jugements ne les impose pas, il veut surtout montrer que la déclaration d'absence, est dans tous les cas, la condition préalable de l'envoi.

L'article 123 prévoit la marche ordinaire de l'envoi en possession ; les héritiers présomptifs se font d'abord envoyer en possession, puis le testament est ouvert à la requête des parties intéressées ou du Ministère public et les légataires, donataires, etc., exercent à leur tour leur demande qu'ils dirigent contre les héritiers présomptifs. Mais il se peut que ceux-ci ne demandent pas l'envoi, peut-être justement parce qu'ils craignent que l'acquiescement des legs ne leur laisse rien, et persistent dans leur inaction ; l'opinion commune est qu'alors les intéressés de l'article 123 pourraient mettre les héritiers présomptifs en demeure d'agir, et en cas de refus, s'adresser directement à la Justice afin de se faire autoriser à l'exercice de leurs droits, en provoquant, s'il y a lieu, l'ouverture du testament, et la nomination d'un curateur aux biens de l'absent chargé d'exécuter la délivrance de leurs parts (1).

(1) Demolombe, II, nos 60 et 75 ; Aubry et Rau, n° 152 ; Plasman, I, p. 124 ; Laurent, II, n° 165 ; Demante, I, n° 157 *bis*, I et II ; Huc, I, n° 420 ; Planiol, III, n° 2467 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1101.

Le légataire universel, dans le cas où il a saisine de plein droit, pouvant alors être considéré comme un héritier présomptif pourrait directement demander l'envoi en possession en vertu de l'article 120 (1).

— Quels sont maintenant le but et les caractères de cet envoi en possession ?

L'envoi en possession provisoire des biens de l'absent n'est pas, comme on l'a dit quelquefois, (2) une sorte d'ouverture anticipée de sa succession ; l'article 130 dit formellement que la succession de l'absent ne sera ouverte que du jour de son décès prouvé ; d'autre part nous avons dit déjà et répétons encore qu'en tant que dure l'absence, il n'y a jamais présomption légale de mort, conformément à l'article 1349, il faudrait un texte pour établir cette présomption et aucune disposition de cette nature n'existe dans le titre « des Absents ».

La dévolution des biens laissés par l'absent à ses héritiers présomptifs et autres ayants-droit, organisée par les articles 121 et 123 n'a d'autre but que de leur conférer l'administration de ces biens. Lorsque l'absence a duré un certain temps, il devient nécessaire de substituer au système établi pour la période de présomption d'absence, — et qui ne permet que les mesures essentiellement nécessaires, prises avec réserve, qui autorise bien la no-

(1) Demante, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *loc. cit.*

(2) Demante, I, n° 156 *bis*, II ; Cpr., Aubry et Rau, I, § 152 ; Demolombe, II, n° 71.

mination d'un curateur, mais salarié et dont la gestion sera plus ou moins négligente, — il convient de substituer à cette protection insuffisante, un système général et définitif d'administration. Or, a-t-on pensé, les meilleurs administrateurs des biens de l'absent seront sans doute ceux qui sont appelés à les recueillir un jour puisqu'ils ont eux-mêmes un intérêt personnel à leur conservation. Voilà pourquoi les articles 121 et 123 leur permettent de se faire envoyer en possession.

Il peut sembler au premier abord que ce soit surtout dans leur intérêt que l'envoi ait lieu. Mais si nous consultons les travaux préparatoires, nous voyons que cet intérêt n'a été pris en considération par les rédacteurs du Code que pour sauvegarder celui de l'absent. Locré exprime ainsi cette idée : « On a pensé, dit-il, qu'il valait mieux appeler l'affection et surtout l'intérêt personnel au secours de l'absent (1) ». Mais, dira-t-on, d'où vient que l'art. 127 C. civ. accorde aux envoyés, une notable partie des fruits, sinon à tous ? En voici l'explication la plus conforme à l'esprit du législateur : il peut arriver que l'intérêt des héritiers présomptifs, leur droit éventuel à recueillir les biens de l'absent, sur lequel on spéculé en quelque sorte pour les prendre comme administrateurs, leur paraisse trop éloigné ou trop incertain et que la charge de l'administration du patrimoine de l'absent ne les rebute.

(1) Locré, *Esprit du Code civil*, II, p. 381 ; Cpr., Laurent, II, nos 420, 426, s., 452 ; Huc, I, n° 409 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1101, 1103.

Il fallait donc en pareil cas, qu'un avantage certain les y attirât. « S'il est juste de favoriser l'absent, il est juste aussi de ne pas ruiner ses héritiers pour avoir conservé et administré ses biens (1). . . . » « Ils ne voudraient pas se charger d'administrer s'ils étaient exposés à une semblable restitution (totale des fruits); or, comme on mène les hommes par leur intérêt, il convient de donner aux héritiers de l'absent quelques avantages qui les déterminent à se rendre administrateurs de ses biens (2) ». Ainsi, le droit aux fruits des envoyés en possession s'explique par l'idée de récompense, de salaire dû à l'administration des biens de l'absent.

« Au surplus, cette possession provisoire n'est qu'un *dépôt* confié aux parents » disait Bigot-Préameneu (3). Telle est également l'expression employée par le Code : « La possession provisoire, dit l'article 125, ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles. » Cette expression de dépôt n'est certes pas rigoureusement exacte, puisque le dépôt, essentiellement gratuit (art. 1917 C. civ.) ne peut avoir pour objet que des choses mobilières (art. 1918 C. civ.) et n'emporte que l'obligation de restituer. Elle a cependant quelque chose de très juste.

(1) Tronchet, séance du Conseil d'État du 24 fructidor an IX; Loaré, *Lég. civ.*, IV, p. 68.

(2) Observation du premier Consul. *Ibid.*

(3) Exposé des motifs. Loaré. *Lég. civ.*, IV, p. 135.

Comme dit M. Saleilles, l'envoi est une sorte de dépôt, un dépôt qui donne l'administration parce qu'au lieu de porter sur des objets corporels qu'il suffit de conserver, il comprend « des droits en activité dont le développement ne doit pas être interrompu et qui exigent une gestion indispensable (1). » En tous cas cette expression « dépôt » montre bien le caractère précaire du droit des envoyés, l'obligation à laquelle ils sont toujours soumis de rendre à l'absent de retour son patrimoine, qui leur a été confié dans son intérêt de même que le dépôt a lieu dans l'intérêt du déposant.

Les conséquences de tout ce qui précède, en ce qui concerne les rapports de l'absent avec les envoyés, rentrent particulièrement dans notre sujet, et vont faire l'objet d'une étude complète aux chapitres suivants; il ne nous a pas semblé inutile de clore celui-ci en signalant aussi brièvement que possible les effets de l'envoi en possession, tel qu'il vient d'être expliqué, quant aux rapports des envoyés avec les tiers et entre eux. On n'en saisira que mieux comment nous concevons cet envoi (2).

Les envoyés en possession provisoire, n'étant pas des cohéritiers, mais des co-administrateurs ne sauraient donc

(1) Saleilles. *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, thèse, Paris, 1883, p. 289.

(2) Puisque l'envoi en possession ne peut être considéré comme résultant de l'ouverture de la succession de l'absent, les envoyés ne devraient pas être soumis aux droits de mutation par décès. Néanmoins la loi du 28 avril 1816, art. 40, porte :

valablement procéder au partage des biens de l'absent ; ceci semble bien, d'ailleurs, résulter implicitement de l'art. 129 C. civ , qui dit qu'après l'envoi définitif tous les ayants-droit pourront demander le partage des biens de l'absent ; c'est donc qu'ils n'avaient pu le faire auparavant. Ils peuvent seulement se partager entre eux l'administration comme ils l'entendent ; et en cas de désaccord, le tribunal tranchera le différend (1).

Ils ne pourraient se contraindre réciproquement au rapport des libéralités qu'ils ont pu recevoir respectivement de l'absent, sans clause de préciput ; en effet (art. 120), l'envoi provisoire ne porte que sur les biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ; de plus cet envoi n'a lieu qu'afin que ces biens soient administrés ; or, les biens donnés entre vifs ne sont pas à l'abandon, ils sont entre les

« Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers ». Mais cela ne saurait servir d'argument à l'encontre de notre principe, étant donnée, comme dit M. Huc, la nécessité qu'il peut y avoir de tenir compte, au point de vue fiscal, des « situations apparentes ». (Huc, I, n° 439) .

(1) Laurent, II, nos 428 et 496 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 4152 s. ; Huc, I, n° 437.

moins des donataires qui les administrent (le rapport aura d'ailleurs lieu plus tard, lors de l'envoi définitif) (1).

Pas davantage, puisque l'hérédité de l'absent n'est pas ouverte, les envoyés héritiers réservataires de l'absent ne pourraient demander la réduction des donations faites par l'absent au-delà de la quotité disponible. Mais ils pourraient faire réduire les libéralités testamentaires entamant la réserve puisque les légataires ne peuvent demander qu'à être placés par l'envoi dans la situation où les aurait mis le décès de l'absent (2).

Les envoyés, n'étant qu'administrateurs, ne paient les dettes de l'absent que comme tels, c'est-à-dire, seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils détiennent, sans pouvoir être poursuivis sur leurs biens personnels. Inversement, les créanciers personnels des envoyés n'ont aucun droit sur les biens de l'absent qui ont fait l'objet de l'envoi; ces biens ne sauraient être saisis par eux, ni soumis à l'hypothèque légale ou judiciaire qui existerait à leur profit contre l'envoyé (3). Nous verrons plus loin ce qu'il adviendrait si l'envoyé en possession avait constitué une hypothèque conventionnelle au profit d'un tiers sur les biens de l'absent.

(1) Laurent, II, n° 429; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, n° 4458; Huc, *loc. cit.*

(2) Demolombe, II, n° 440; Aubry et Rau, § 453; Laurent, II, n° 430; Huc, I, n° 438; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 4467.

(3) Laurent, II, nos 431 et 498; Huc, I, 438; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 4461 et 4463; Planiol, III, n° 2487.

CHAPITRE II

Garanties de restitution et mesures conservatoires imposées aux envoyés

Pour assurer à l'absent la restitution de son patrimoine, confié, pour être administré, aux envoyés en possession provisoire, la loi a imposé à ceux-ci les obligations suivantes :

Ils doivent :

1° Fournir caution ;

2° Faire inventaire du mobilier et des titres de l'absent ;

3° Vendre, s'il y a lieu, le mobilier ;

4° Faire emploi du prix et des fruits échus.

Enfin, ils peuvent aussi, pour leur sûreté, faire dresser l'état des immeubles.

I. L'obligation de fournir caution résulte pour les héritiers présomptifs de l'absent, de l'article 120 C. civ. ; de l'article 123 pour les légataires, donataires, et tous ceux qui, d'une façon générale, ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent.

Cette obligation n'est que l'application à notre hypo-

thèse d'un procédé généralement employé par la loi, lorsqu'il y a lieu d'assurer à un individu la restitution de ses biens, dont l'administration a été confiée à un tiers.

C'est ainsi que sont assujettis à fournir caution : l'usufruitier (art. 601 C. civ.), le conjoint survivant qui succède, pour assurer aux héritiers qui se présenteraient dans l'intervalle de trois ans la restitution du mobilier (art. 771 C. civ.) ; l'héritier bénéficiaire doit également fournir caution si les créanciers le demandent (art. 807 C. civ.), etc.

Tous ceux qui demandent l'envoi en possession doivent fournir cette caution ; l'art. 120 ne faisant aucune distinction entre les héritiers de l'absent, les enfants de celui-ci n'en seraient pas dispensés ; seul l'État ne serait pas astreint à fournir caution, en vertu de l'adage : *Fiscus semper solvendo censetur*.

Cette obligation de fournir caution est, en quelque sorte, une condition préalable de l'envoi en possession, mais de l'envoi en possession lui-même et non pas des opérations préliminaires ; c'est ainsi qu'il a été jugé le 13 janvier 1865 par la Cour de Douai (1), que si l'envoyé en possession provisoire doit fournir caution avant d'être investi des biens délaissés par l'absent, il est néanmoins recevable, même sans avoir rempli cette formalité, à faire déterminer l'importance de ces biens et conséquemment à demander compte de leur gestion jusqu'à l'envoi en possession. « Attendu, dit très justement cette décision,

(1) S., 66, 2, 61 ; Cf., Bourges, 26 avril 1813 ; S., 44, 2, 23.

qu'il est indispensable au préalable de faire liquider la fortune de l'absent au moment des dernières nouvelles pour déterminer les conditions du cautionnement ».

La caution que doivent fournir les envoyés leur étant imposée par la loi, devra remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 C. civ., aux termes desquels : « Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour royale (la Cour d'appel) où elle doit être donnée ». « La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières... On n'a point égard aux immeubles litigieux ou dont la situation deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation ». Si par la suite la caution fournie devenait insolvable, il devrait en être donné une autre (art. 2020 C. civ.).

Cette caution sera présentée dans la forme prescrite par les articles 517 et suivants du Code de procédure pour la réception des cautions légales. Le Ministère public en discutera la solvabilité ; il doit veiller même à ce que cette caution soit fournie puisque c'est dans l'intérêt de l'absent qu'elle est exigée. Il a été jugé en ce sens que le Ministère public pouvait demander par voie d'appel incident que le légataire qui a obtenu l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent, soit tenu de fournir caution. « Attendu dit l'arrêt, que l'envoi en possession provisoire ne doit avoir lieu que moyennant caution ; que

le procureur général, surveillant et défendant les intérêts de l'absent, a qualité pour demander par voie principale l'accomplissement de l'art. 123 C. civ. qui le prescrit ; qu'il est partie à tous les procès dans lesquels il est question de l'administration de la personne de l'absent ; qu'il peut donc se rendre appelant incidemment du jugement que d'autres parties ont porté à la Cour et que c'est le cas de réformer la décision des premiers juges pour décider que M... ne sera envoyé en possession des biens que peut avoir laissés X... qu'à la charge de fournir caution » (1).

Il a également été jugé que, si après l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent, les biens affectés au cautionnement que les envoyés en possession ont dû fournir, viennent à être vendus et que ces envoyés en possession négligent de produire à l'ordre ouvert sur le prix de ces biens, le Ministère public peut provoquer la nomination d'un curateur *ad hoc* pour faire cette production ainsi que tous les actes nécessaires pour la conservation du cautionnement dû à l'absent (2).

La caution une fois reçue par le Tribunal sur les conclusions du Ministère public, il n'appartiendrait plus ensuite aux débiteurs de l'absent poursuivis par les envoyés en possession d'opposer à ceux-ci l'insuffisance de cette caution pour se refuser à payer (3).

(1) Toulouse, 24 mars 1836 ; P. chr.

(2) Colmar, 4 juillet 1837 ; S., 41, 2, 216.

(3) Douai, 5 mai 1836 ; S., 36, 2, 428 ; Limoges, 26 décembre 1847 ; S., 48, 2, 528.

S'il était impossible à ceux qui veulent se faire envoyer en possession de trouver une caution, il y aurait lieu, conformément à l'art. 2041 C. civ., de les admettre à fournir à la place un gage en nantissement suffisant. Nous pensons même que les envoyés satisferaient aux exigences de la loi en fournissant au lieu d'une caution, une hypothèque. C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1) ; et la Cour de Cassation a admis dans un arrêt rendu le 7 août 1882 (2) à propos de la caution à fournir par l'usufruitier que l'art. 2041 C. civ. permettait la prestation d'un gage immobilier comme d'un gage mobilier, sauf le cas où il en a été ordonné autrement par un texte spécial ; or aucune disposition contraire n'existe en matière d'absence. La même garantie peut d'ailleurs résulter pour l'absent d'une hypothèque ou d'un gage ; et l'expression gage de

(1) Demolombe, II, n° 93 ; Aubry et Rau, I, § 152 ; Laurent, II, n° 71 ; Duranton, I, n° 173 ; Hue, I, n° 431 ; Planiol, III, n° 2470 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1114.

(2) S., 82, 1, 457 ; D., 83, 1, 220. — M. l'avocat général Desjardins, dans les conclusions qui précédèrent cet arrêt invoqua, entre autres, un argument par analogie tiré de l'article 9 de la loi du 1^{er} janvier 1817 sur les militaires absents ; aux termes de cet article, si ceux qui demandent l'envoi en possession possèdent des immeubles suffisants pour répondre de la valeur des objets susceptibles de restitution en cas de retour, ils pourront être admis par le Tribunal à se cautionner sur leurs propres biens. A plus forte raison, pouvons-nous invoquer ce texte pour permettre à l'absent de droit commun de donner une hypothèque en équivalent de la caution. En effet la loi n'a certainement pas entendu protéger moins l'absent militaire que l'absent civil contre les abus possibles des envoyés en possession.

l'art. 1141 a sans doute été prise au sens large ; c'est ainsi que l'on dit que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, que l'on parle de gage immobilier, de gage hypothécaire. Nous admettons donc les envoyés en possession à remplacer la caution par une bonne et suffisante hypothèque.

M. Bertin nous enseigne qu'il est d'usage au Tribunal de la Seine de dispenser de la caution les envoyés en possession provisoire lorsque les biens de l'absent consistent en valeurs qui peuvent être rendues inaliénables, par exemple, en inscription de rente sur l'État, qui sont alors immatriculées au nom de l'absent et des envoyés en possession avec mention de leur qualité ; si la fortune de l'absent comprend d'autres valeurs, les demandeurs seront dispensés de la caution s'ils consentent à transformer ces valeurs en rentes sur l'État immatriculées comme il vient d'être dit, (Tribunal de la Seine, 4 janvier 1845, 7 février 1845, 20 juin 1852, 8 janvier, 23 avril 1853) (1). L'absent devant, au cas de retour, reprendre outre son capital, une certaine partie des fruits, il doit trouver dans la rente, telle qu'elle sera constituée le capital de ses biens et la portion de revenu à laquelle il a droit. La Chambre du Conseil doit donc, en conséquence, commettre un notaire pour toucher les arrérages de la rente et les convertir en capital jusqu'à concurrence de la somme que l'absent pourrait réclamer de ce chef, ainsi jugé le 20 juin 1852 :

(1) Bertin. *Chambre du Conseil*, 2^e édition, n° 368 s.

LE TRIBUNAL,

« Attendu.....

» Que le montant des arrérages qui seraient restituables à l'absent pour les périodes de temps déterminées par l'article 127 C. civ. ne pourrait, en aucun cas, s'élever à plus de 1,200 fr.;

» Qu'à défaut de caution pour ces arrérages sujets à une restitution éventuelle, il convient d'ordonner que, sur les arrérages échus ou à échoir, il sera fait prélèvement d'une somme de 1,200 fr., laquelle sera employée en une acquisition de rente, au nom des envoyés en possession provisoire, avec mention sur l'immatricule de l'inaliénabilité du capital, jusqu'au 9 février 1868 ⁽¹⁾, à partir de laquelle date, le capital de ladite rente sera disponible pour lesdits envoyés en possession provisoire;

» Ordonne que les quatre inscriptions de rente ⁽²⁾, dont il s'agit, seront immatriculées au nom des envoyés en possession provisoire avec mention de leur inaliénabilité jusqu'au jour, où, après l'expiration des trente ans, depuis le jugement d'envoi en possession provisoire, le jugement d'envoi en possession définitif aura été obtenu;

» Ordonne qu'à la conservation des arrérages, dont la restitution pourrait être due à l'absent dans les termes de l'art. 127 du Code civil, une somme de 1,200 fr. sera prélevée sur les arrérages échus ou à échoir, laquelle sera employée en une acquisition de rente sur l'État au nom des envoyés en possession provisoire, avec mention, dans l'immatricule, de l'inaliénabilité de ladite rente jusqu'au 9 février 1868, époque à partir de laquelle trente ans se seront écoulés depuis la disparition de l'absent, pour le capital de ladite rente redevenir alors disponible entre les mains des envoyés en possession provisoire;

» Dit qu'après placement de ladite somme de 1,200 fr. ainsi prélevée sur les arrérages des quatre inscriptions de rente dont s'agit, les envoyés en possession provisoire pourront librement toucher, et sur leurs simples quittances, la totalité des arrérages à échoir ultérieurement, aussi bien que ceux de la rente à acquérir avec ledit capital de 1,200 fr.;

» Comment N..., notaire, à l'effet de toucher les arrérages

(1) Trente ans s'étant écoulés depuis la disparition ou les dernières nouvelles.

(2) Formant le capital de l'absent.

échus ou à échoir desdites rentes et jusqu'à concurrence de ladite somme de 1,200 fr., pour en opérer ledit placement ;

» Dit que sur le certificat du notaire, en constatant l'accomplissement, le Trésor sera tenu de solder au requérant tous arrérages desdites rentes (1) ».

On joint donc d'abord au capital de la rente le maximum des arrérages auxquels l'absent pourrait prétendre, c'est-à-dire le cinquième ; mais après l'expiration du délai à partir duquel il n'aurait plus droit qu'au dixième des revenus, c'est-à-dire, après quinze ans depuis le départ ou les dernières nouvelles, les envoyés pourraient faire réduire ce cinquième au dixième ; enfin, lorsque l'absence remonte à plus de trente années, l'absent n'ayant en cas de retour, aucune portion de revenus à réclamer, il suffit que la rente qui équivaut à la caution soit d'une valeur égale au capital des biens de l'absent (Ch. conseil Trib. Seine, 4 janvier 1845, 23 avril 1853, 26 juillet 1845) (2).

Ceci dit, qu'arrivera-t-il si ceux qui demandent l'envoi en possession ne peuvent trouver la caution exigée par les articles 120 et 123 ou ne peuvent fournir les sûretés qui lui équivalent ? Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. Pour les uns, il faut ici appliquer par analogie ce que la loi prescrit en matière d'usufruit, c'est-à-dire les immeubles seront donnés à ferme ou mis sous séquestre ; les deniers seront placés, les denrées, les meubles vendus et le prix placé (art. 602, 103 C. civ.). En effet, dit-on,

(1) Bertin, I, *Absents*, Jurisprudence n° 13.

(2) Bertin, *loc. cit.* n° 17

l'essentiel est que le patrimoine de l'absent soit garanti contre l'infidélité ou l'inhabileté des envoyés ; peu importe le moyen pourvu que le but soit rempli. « N'oublions pas, ajoute Demolombe, que c'est surtout et principalement dans l'intérêt des envoyés que l'envoi est prononcé ; or, il ne serait pas juste de priver de cet avantage celui qui n'a pas pu trouver de caution et qui dès lors a probablement plus besoin que tout autre des secours que cet envoi lui apportera⁽¹⁾. »

Il semble que c'est cette dernière idée, — l'idée que l'envoi en possession est surtout établi dans l'intérêt des envoyés, qu'il est une sorte d'ouverture anticipée de la succession de l'absent, ayant pour but de donner au moins dès maintenant aux envoyés la jouissance des biens qui doivent leur appartenir plus tard, qui leur appartiennent peut-être déjà, — il semble, disions-nous, que c'est cette idée qui pousse les auteurs en question à soutenir l'opinion que nous venons d'exposer. Cette opinion n'est qu'une suite logique de leur conception de l'envoi en possession provisoire ; refuser aux héritiers présomptifs de l'absent l'envoi en possession serait en quelque sorte les spolier d'un droit certain que la loi leur accorde ; et à cet égard le motif qu'ils ne trouvent pas de caution ne saurait suffire si l'on peut garantir d'une autre façon l'intérêt de l'absent, cet intérêt qui empêche le droit des envoyés d'être plus complet.

(1) Demolombe, II, n° 93 ; Aubry et Rau, I, § 152 ; Demante, I, n° 156 bis, VI.

Nous n'adoptons pas cette première opinion ; nous pensons au contraire, qu'à défaut de caution, de gage, d'hypothèque non fournis par les envoyés, le jugement d'envoi en possession, s'il a été prononcé restera sans effet (1). Nous considérons en effet, que l'envoi en possession a été établi avant tout dans l'intérêt de l'absent, que le prétendu droit des envoyés est surtout une charge, une obligation, celle d'administrer, et qu'une portion des fruits ne leur est attribuée que pour les rémunérer de cette charge et les engager à la prendre. Partant de là, pouvons-nous appliquer par analogie à l'envoyé ce que la loi dit pour l'usufruitier qui ne trouve pas de caution ? Outre que les articles 602 et 603 constituent une dérogation aux règles du cautionnement légal et qu'une disposition exceptionnelle ne saurait être étendue, nous ne pouvons d'autre part, assimiler l'usufruitier à l'envoyé. Le droit de l'usufruitier est un droit complètement indépendant du droit de propriété dont il est détaché ; c'est un droit réel sur la chose, un droit rival de celui du propriétaire, et qui existe comme dit Mourlon « non point parce que le propriétaire gagne à son établissement, mais quoiqu'il en souffre » (2). Il fallait donc coûte que coûte maintenir ce droit, sauf à prescrire

(1) Merlin, *Rép.*, v^o *Absent*, art. 420, n^o 5 ; Laurent, II, n^o 171 ; Plasman, I, p. 194 s. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, n^o 1115 ; Huc, I, n^o 431 ; Mourlon, *Revue pratique de Droit français*, 1856, I, p. 132 s.

(2) Mourlon, *loc. cit.*

d'autres garanties en faveur du propriétaire, à défaut de caution; sinon il y eut eu véritable spoliation pour l'usufruitier; c'eût été de plus violer la convention ou le testament qui ont établi ce droit. Au contraire, la même nécessité ne se présente pas d'accorder l'envoi en possession aux envoyés, puisque nous le répétons, cet envoi est plus pour eux une charge qu'un droit et que les fruits ne leur sont attribués que parcequ'ils administrent; si d'ailleurs on appliquait ici les articles 602 et 603, l'administration échapperait aux envoyés, ce qui est contraire au vœu de la loi, et leur droit à la jouissance ne serait plus motivé par le travail et le temps que leur coûte cette administration.

Cette solution, quelque rigoureuse qu'elle paraisse, est conforme au droit commun du cautionnement légal. Partout où la loi place à côté d'un droit la charge d'un cautionnement, cette condition est appliquée à la rigueur et sans aucun tempérament. Si celui en la personne duquel ce droit ne satisfait point à l'obligation qui lui est imposée, les choses restent en l'état où elles sont. Cette inaction qu'on lui impose amènera peut-être la perte de son droit; mais bien que cette déchéance paraisse contraire à toute justice et à toute équité, la loi passe outre (1) !

Enfin, on peut faire à l'appui de cette théorie, la remarque suivante: lors de la rédaction du Code, la cour de Metz, dans ses observations sur le projet de la Commission, avait demandé que l'art. 120 réglât la question de

(1) Mourlon, *loc. cit.*

savoir qui administrerait les biens de l'absent si les parents au degré successif ou autres ayants-droit ne pouvaient donner caution (1). Le législateur n'ayant pas tenu compte de cette observation et l'art. 120 étant resté ce qu'il était, il faut en conclure que son intention a été de laisser les choses dans l'état où elles étaient avant la déclaration d'absence.

Donc, en résumé, si les envoyés ne peuvent donner caution ou fournir une sûreté équivalente, l'envoi en possession n'aura pas lieu à leur profit; les mesures prises pendant la période de présomption d'absence subsisteront, notamment l'administrateur restera en fonctions; (cela suppose bien entendu, qu'il n'existe pas de parents au degré subséquent pouvant fournir caution et que l'État lui-même ne demande pas à être envoyé en possession.)

II. La restitution à l'absent de ses biens est encore garantie par l'obligation imposée à ceux qui auront obtenu l'envoi en possession de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres, en présence du Procureur de la République ou d'un Juge de paix requis par ledit Procureur (art. 126, al. 1); par ce moyen, la consistance du mobilier et des titres de l'absent sera établie de façon certaine et par suite, le détournement de ces objets ou leur détérioration seront empêchés, ou du moins ne passeront pas inaperçus s'ils se produisent et permettront à l'absent de réclamer l'indemnité qui lui sera due de ce

(1) Fenet. *Observations des Tribunaux d'appel*, II, p. 355; Mourlon, *loc. cit.*

chef. Ici encore, la loi n'a fait qu'user d'un procédé habituel ; c'est ainsi que l'usufruitier, l'héritier bénéficiaire, le conjoint survivant, astreints comme l'envoyé à fournir caution, sont, comme lui, obligés de faire procéder à l'inventaire (art. 600, 769, 794 C. civ.). L'inventaire est même parfois imposé à des administrateurs du patrimoine d'autrui qui ne sont pas obligés de fournir caution, ainsi le tuteur doit faire procéder à l'inventaire des biens du mineur (art. 451 C. civ.), les maris administrateurs et usufruitiers des biens de leur femme y sont également astreints (art. 1414, 1533, 1562 C. civ.) ; le grevé de substitution doit de même faire procéder à l'inventaire des biens qu'il devra rendre à l'appelé, lorsque la substitution porte sur une disposition universelle ou à titre universel (art. 1058, 1059 C. civ.).

La présence du Procureur de la République ou du Juge de paix nommé par lui garantit dans l'intérêt de l'absent, l'exactitude de cet inventaire, qui doit être fait dans les formes indiquées par les articles 941 et suivants du Code de procédure.

La sanction du défaut d'inventaire par les envoyés serait la possibilité pour l'absent d'établir par tous moyens de preuve et au besoin par la commune renommée, la consistance du mobilier et des titres non inventoriés (arg. art. 1415, 1442 C. civ. (1)).

III. Aux termes de l'art. 126 (alinéa 2), « le Tribunal

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 922 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1116.

ordonnera s'il y a lieu de vendre tout ou partie du mobilier ». Il peut se faire en effet que le patrimoine de l'absent comprenne des meubles à l'égard desquels une vente immédiate sera plus profitable à l'absent que la conservation en nature. Il en sera ainsi par exemple, de tous ceux appelés par l'usage à un prompt dépérissement et que l'absent à son retour, retrouverait considérablement dépréciés par les services que les envoyés en auraient tirés. Certains objets mobiliers peuvent présenter pour l'absent un intérêt moral et personnel considérable, souvenirs de famille, collections artistiques ; ils devront lui être conservés. Le Tribunal aura à apprécier si la vente de telle ou telle partie des meubles est nécessaire dans l'intérêt de l'absent ; cet intérêt doit être son guide ; le Tribunal pourra sans doute aussi tenir compte de la qualité des envoyés. « Il sera naturellement disposé sans doute, fait justement observer M. Demolombe, à laisser la jouissance en nature aux enfants de l'absent plutôt qu'à des collatéraux éloignés » (1). Ainsi le Tribunal aura toute latitude pour apprécier quels meubles doivent être vendus, quels autres doivent être conservés ; la vente du mobilier n'est donc pas ici de droit et sauf exceptions, comme au cas de minorité (2).

Le Tribunal aura également toute latitude pour fixer le délai et les formes de la vente qu'il aura ordonnée.

(1) Demolombe, II, n° 95.

(2) Laurent, II, n° 477, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 4417 ; Huc, I, n° 432.

Nous ne pensons pas en effet, qu'il soit toujours et de plein droit nécessaire de suivre pour ces ventes les formes prescrites pour la vente des biens de mineurs (c'est-à-dire vente aux enchères, après affiches et publications conformément à l'article 452 C. civ.) ; cela évitera du reste à l'absent des frais de vente en justice (1).

IV. « Il sera fait emploi du prix et des fruits échus » continue l'article 126, qui n'ajoute rien d'ailleurs concernant le mode et le délai de cet emploi ; nous ne croyons pas qu'il faille appliquer ici par analogie les articles 445 C. civ. et ss., 1065 C. civ., relatifs à l'emploi des deniers en matière de tutelle et de substitution, et dire que l'envoyé devra faire emploi dans les six mois du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus. Il semble, en effet, que l'article 126 ait encore voulu laisser toute latitude au Tribunal qui ordonne la vente et ses conditions pour déterminer également le délai et le mode de placement du prix. Si le Tribunal n'a rien dit à ce sujet, le choix du placement et du délai appartiendrait aux envoyés sous leur responsabilité personnelle, qui s'apprécierait eu égard aux circonstances, et suivant les règles générales du mandat (art. 1991, 1992 C. civ.). Remarquons d'ailleurs que les envoyés auront eux-mêmes intérêt à ne pas se montrer négligents ou imprudents en

(1) Demolombe, II, n° 96 ; Demante, I, n° 160 bis II ; Huc, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, *loc. cit.*

ce qui touche cet emploi, puisqu'ils sont appelés à recueillir une part des fruits (1).

Nous retrouverons plus loin cette question du placement par l'envoyé du numéraire compris dans le patrimoine de l'absent.

V. L'obligation de faire inventaire ne concerne que les meubles et titres de l'absent. Quant à ses immeubles, la loi se contente (article 126 *in fine*) de prescrire aux envoyés une mesure purement facultative d'ailleurs. « Ils pourront requérir pour leur sûreté qu'il soit procédé par un expert nommé par le Tribunal à la visite des immeubles à l'effet de constater leur état ». Cette disposition a pour but d'éviter un procès possible avec l'absent de retour au sujet des détériorations que celui-ci prétendrait avoir été faites sur ces immeubles par les envoyés. Si l'état de ces biens n'a pas été constaté de cette façon au moment de l'entrée en possession, la preuve s'en ferait par les moyens et suivant les principes ordinaires (2).

(1) Laurent, n° 173 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1119 ; Huc, I, n° 433 ; Planiol, III, n° 2474.

(2) Demolombe, II, n° 97 ; Aubry et Rau, I, § 153, p. 923 ; Demante, I, n° 160 *bis* III ; Laurent, II, n° 180 ; Huc, I, n° 433 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1118 ; Planiol, III, n° 2473.

CHAPITRE III

Limitation des pouvoirs des envoyés en possession provisoire

Nous allons nous efforcer dans ce chapitre de déterminer aussi exactement que possible, les pouvoirs des envoyés en possession provisoire sur les biens qui leur sont confiés ; l'absence de textes nombreux et précis en cette matière sera souvent pour nous une source de difficultés ; les seuls articles sur lesquels nous pouvons directement nous appuyer sont les suivants :

ART. 125. « La possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, etc... », nous connaissons déjà ce texte, nous savons notamment ce qu'il faut penser de l'expression « dépôt » qu'il emploie ; dépôt si l'on veut, dépôt de tout un patrimoine avec charge de l'administrer.

ART. 128 : « Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent ».

ART. 134 : « Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens ».

— De leur qualité d'administrateurs, résultent pour les envoyés le pouvoir et le devoir de faire tous les actes conservatoires des biens de l'absent :

Ils doivent entretenir ces biens en bon état, effectuer toutes les réparations nécessaires, même celles dont, en définitive, ils ne doivent pas supporter les frais.

Ils peuvent prendre des inscriptions hypothécaires, peuvent et doivent les renouveler.

Ils peuvent et doivent interrompre les prescriptions, qui courent en effet contre l'absent au profit des tiers dans les conditions ordinaires ⁽¹⁾, puisque précisément les envoyés sont là pour l'empêcher de s'accomplir et que, d'autre part, l'art. 2251 C. civ. ne prévoit pas l'absence comme cause de suspension ; (mais la prescription ne saurait courir contre l'absent au profit des envoyés qui sont des administrateurs, des dépositaires ne possédant pas pour eux-mêmes, et qui, au surplus, ne pourraient invoquer l'accomplissement d'une prescription qu'ils avaient le devoir d'interrompre).

Les envoyés peuvent recevoir les capitaux dûs à

(1) L'absent est seul en cause dans les questions de prescription. La prescription court contre lui et se règle eu égard à sa personne et non eu égard à celle des envoyés. (Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1166 ; Laurent, II, n° 189 ; Hue, I, n° 438).

l'absent, poursuivre le recouvrement des créances, en donner valablement décharge. A ce propos, si les envoyés étaient débiteurs de l'absent et que leur dette fût exigible, ils devraient en opérer le versement au compte de l'absent, et à l'inverse, s'ils étaient ses créanciers, ils pourraient se payer eux-mêmes et devraient même le faire si la dette était productive d'intérêts (1).

Les envoyés doivent faire emploi des sommes appartenant à l'absent et qui comprennent celles trouvées en numéraire lors de l'envoi en possession, celles provenant du mobilier vendu par ordre du Tribunal, celles provenant du remboursement des créances qui étaient dues à l'absent, etc... ; ils auront à ce sujet toute latitude pour apprécier le délai et le mode du placement (à moins qu'ils ne résultent du jugement pour les capitaux provenant de la vente du mobilier). La responsabilité du placement plus ou moins bien fait au nom de l'absent par l'envoyé s'appréciera en fait, suivant les circonstances. Si le placement avait été fait par l'envoyé en son propre nom, il devrait être considéré comme ayant emprunté les deniers de l'absent et responsable dans tous les cas (2).

Ils peuvent encore passer les traités ayant pour objet la réparation des bâtiments, l'exploitation des terres, etc.,

(1) Demolombe, II, n° 107 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1127 ; Hue, I, n° 434.

(2) Demolombe, II, nos 97 et 109 ; Laurent, II, n° 180 ; Aubry et Rau, I, § 153, p. 923 ; Demante, I, 160 bis III ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 1118 et 1128 ; Hue, I, n° 433.

en un mot contracter des obligations « ayant un rapport direct et certain avec l'administration des biens de l'absent » et « dont la nature même démontre la nécessité » (1).

Les envoyés peuvent enfin défendre à toutes les actions intentées contre l'absent quelqu'en soit la nature (art. 134).

— Tous les actes que nous venons d'énumérer rentrent certainement dans les pouvoirs de tout administrateur du patrimoine d'autrui et ne donnent lieu à aucune difficulté.

Mais nous allons maintenant nous trouver en présence de controverses et de dissentiments, en ce qui concerne le pouvoir pour les envoyés de donner à bail les immeubles de l'absent, d'aliéner le mobilier dont le Tribunal n'aurait pas ordonné la vente au début de l'entrée en possession, en ce qui touche enfin l'exercice par les envoyés des actions de l'absent.

Commençons par les baux. Quelques auteurs voient dans le bail au-dessus de neuf ans un acte de disposition. Cette idée qui repose sur une fausse conception de notre ancienne Jurisprudence et une interprétation erronée des règles du Code civil sur les baux de plus de neuf ans passés par les administrateurs du patrimoine d'autrui est assez généralement repoussée (2). La conséquence de cette

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 925, texte et note 11 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1129 ; Huc, I, n° 434.

(2) Cf. Revue trimestrielle de Droit civil, 1909, I. *Les baux de plus de neuf ans sur les baux de la femme*, (article de M. Wahl) ; Aubry et Rau, IV, § 364, texte et note 1.

théorie, quant à notre espèce, serait que le bail de plus de neuf ans consenti sur les biens de l'absent par les envoyés serait nul comme dépassant les pouvoirs d'administration qui, seuls, leur sont conférés par l'envoi en possession provisoire.

Ceci dit, et puisque la loi n'a pas pris soin de statuer sur l'hypothèse que nous examinons, voyons ce qu'elle a décidé pour les baux passés par les autres administrateurs du patrimoine d'autrui. Aux termes de l'art. 1429 C. civ. ; « les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve ».

Cette règle paraît bien être le droit commun, le principe qui doit s'appliquer aux baux passés par les administrateurs du patrimoine d'autrui ; c'est à elle que renvoie l'article 595 en matière d'usufruit ; l'art. 1718 dit la même chose pour les baux passés sur les biens du mineur par le tuteur. Mais que signifie cette règle ? Veut-elle dire que si le mari, si le tuteur, si l'usufruitier passent des baux de plus de neuf ans sur les biens dont ils ont l'administration, ces baux seront annulables, même à leur propre requête, comme dépassant leurs pouvoirs ? Cette

interprétation serait fausse, nous l'avons déjà dit. L'article 1429 ne veut pas dire, qu'au dessus de neuf ans, le bail passé par le mari ne sera plus un acte d'administration, il reste un acte d'administration permis quelle qu'en soit la durée ; mais il était important que la femme, à la dissolution de la communauté, ne se trouvât pas liée pour une durée trop longue par la fantaisie de son mari, et l'article 1429 n'a d'autre but que de déterminer pendant combien de temps la femme sera tenue de respecter le bail à longue durée qu'il a passé ; tant que la communauté subsistera, le bail sera exécuté quelle que soit la durée pour laquelle il aura été consenti. De même, article 1718, le bail passé pour une durée supérieure à neuf ans par le tuteur sur les biens du pupille sera valable et obligatoire tant que durera la minorité sans que ni le preneur, ni le tuteur puissent en demander la nullité ; seulement, à la majorité du pupille, celui-ci ne sera tenu de respecter le bail que jusqu'à l'achèvement de la période de neuf années en cours. Cette interprétation des art. 1429, 1718, a été confirmée par la Cour de Cassation, arrêt de la Chambre des requêtes, du 7 février 1865 (1).

Voilà donc ce que dit la loi — et la façon d'interpréter ses décisions — pour la plupart des administrateurs du patrimoine d'autrui.

Mais, disent plusieurs auteurs, ces dispositions étant, somme toute, des limitations au pouvoir d'administrer,

(1) D., 65, 4, 249.

doivent s'interpréter restrictivement; en conséquence, ils ne les étendent pas aux envoyés en possession provisoire qui peuvent donc, dans ce système, passer sur les biens de l'absent, tous baux, quelque soit leur durée, même de 99 ans, et sans qu'ils puissent être réduits au retour de celui-ci, auquel ils seront toujours opposables en principe (1); en principe, car les partisans de ce système y apportent un tempérament remarquable. « Il se peut qu'en fait, soit par la durée, soit par leurs clauses accessoires, soit par l'atteinte qu'ils portent à la propriété, ces baux ne constituent pas des actes de bonne administration; ils seront donc alors inopposables, même pour neuf ans au propriétaire (2). Demolombe, parti d'un principe opposé, admettait à ce principe un tempérament, qui aboutissait en définitive à faire également du maintien ou non du bail, une question d'appréciation par les tribunaux : « Si, dans l'espèce, disait-il, le bail même excédant neuf ans avait été fait de bonne foi, si des motifs légitimes expliquaient cette plus longue durée, je pense que les magistrats devraient le maintenir » (3).

Il nous semble préférable d'admettre la seconde opinion d'après laquelle ce que la loi dit du tuteur, de l'usufruitier, du mari administrateur et qui peut être

(1) Demolombe, II, n° 105; Aubry et Rau, I, § 153, p. 924 et IV, § 364; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, I, n° 99; Wahl, *Revue trimestrielle de Droit civil*, loc. cit.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, I, n° 100.

(3) Demolombe, II, n° 105.

considéré comme un principe général en la matière, doit aussi s'appliquer à notre hypothèse de l'envoi. Les motifs sont les mêmes. Donc, en vertu de la règle de l'art. 1429, l'envoyé en possession pourra valablement donner à bail les biens de l'absent, même pour une durée supérieure à neuf ans. Ces baux seront exécutés tant que durera l'absence, mais lorsque celle-ci cessera, soit par le retour de l'absent, soit par son décès, le bail sera divisé en périodes de neuf années et l'absent ou ses ayants-cause ne seront tenus d'exécuter le bail que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans en cours (1).

— On s'est également demandé s'il fallait ou non reconnaître aux envoyés en possession provisoire le pouvoir d'aliéner les meubles de l'absent, dont le Tribunal n'a pas dès le début et en vertu de l'art. 126, ordonné la vente.

L'art. 128 qui contient pour les envoyés la prohibition d'aliéner, ne parle que des immeubles. Aussi prétend-on, dans une première opinion que le silence de la loi en ce qui concerne les meubles, signifie qu'elle a entendu en autoriser la vente par les envoyés : *inclusio unius est alterius exclusio*; l'article 126, ajoute-t-on, n'a pour but que de régler la vente des meubles au début de l'administration des envoyés; ce n'est pas à cet article qu'il faut se conformer par la suite, au cours de la gestion; les

(1) Laurent, II, n° 176; Hue, I, n° 434; Planiol, III, n° 2482; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1126. — Il faudra également appliquer l'article 1430 C. civ. en ce qui concerne le renouvellement des baux.

envoyés pourront alors eux-mêmes aliéner les meubles de l'absent s'ils le jugent utile; d'ailleurs, si l'aliénation des biens les moins importants, les meubles, se trouvait prohibée implicitement en vertu du principe général que l'administrateur ne peut aliéner, il n'était pas nécessaire alors que la loi le dit expressément pour les immeubles (1).

Dans un second système, que nous adoptons, on refuse au contraire aux envoyés le pouvoir d'aliéner les meubles de l'absent. Si l'article 128 n'a parlé que des immeubles, c'est parce que l'aliénation des meubles est prévue et réglée par l'article 126 (al. 2), qui exige que ce soit le Tribunal qui soit juge de savoir s'il y a lieu de les vendre. L'intérêt de l'absent, la qualité de dépositaires des envoyés veulent que ces meubles lui soient conservés; en vue de cette conservation, on impose un inventaire; si, par exception, des meubles doivent être vendus, la garantie du Tribunal est nécessaire, c'est lui qui décidera de l'opportunité de cette vente et l'ordonnera; en décidant dès le début quels meubles doivent être vendus, le Tribunal ordonne implicitement la conservation du reste; si par la suite il y a lieu de procéder à de nouvelles ventes de meubles, on ne voit pas pourquoi la garantie résultant de l'appréciation du Tribunal qui a été exigée dès le principe serait moins nécessaire au cours de la gestion. Le

(1) Merlin, *Rép.*, v^o *Absent*, art. 126; Aubry et Rau, I, § 153, texte et note 7; Demante, I, n^o 162 bis I; Huc, I, n^o 435.

développement de la fortune mobilière impose également cette solution (1).

Donc, nous refusons aux envoyés en possession le pouvoir d'aliéner par eux-mêmes les meubles de l'absent; nous admettons cependant volontiers ce tempérament qu'ils pourraient valablement procéder à certaines aliénations mobilières que personne ne conteste rentrer dans les limites d'une bonne administration (vente de récoltes, de marchandises, de meubles hors d'usage, etc.).

Comme conséquence de l'impossibilité pour les envoyés en possession d'aliéner les meubles de l'absent, on leur refuse généralement aussi le pouvoir de convertir les titres nominatifs de l'absent en titres au porteur (arg. loi 27 février 1880, art. 10), et celui de transiger, d'acquiescer, de compromettre en matière mobilière.

L'article 134 soumet les envoyés aux actions que les tiers pourraient avoir contre l'absent; réciproquement ils doivent avoir contre les tiers l'exercice des actions que l'absent peut posséder contre eux. Mais l'article 134 ne parlant que des actions passives, il en est résulté quelque difficulté; on s'est demandé si les envoyés devaient avoir l'exercice de toutes les actions actives de l'absent, sans distinction, ou s'ils pouvaient seulement intenter celles que la loi se contente généralement d'accorder aux administrateurs du patrimoine d'autrui, c'est-à-dire les actions

(1) Demolombe, II, n^{os} 112 et 113; Laurent, II, n^o 177 s.; Plasman, I, p. 147; Saleilles, *op. cit.*, p. 292 s.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n^o 1133.

mobilières quelles qu'elles soient et les actions immobilières possessoires. Ces actions, disent quelques auteurs, étant les seules que puissent exercer le tuteur (art. 464, C. civ.), le mineur émancipé (art. 482), le mari administrateur des biens de sa femme, le principe est donc que le pouvoir d'administration ne donne pas l'exercice des actions immobilières pétitoires; appliquant ce principe à l'envoyé ils ne lui permettent d'intenter les actions de cette catégorie qu'après s'être munis de l'autorisation du Tribunal (1).

Pour la plupart au contraire, il n'y a pas lieu d'appliquer ici ce principe; et cela pour une bonne raison, la loi elle-même y a dérogé. En effet, aux termes de l'art. 817, al. 2, elle autorise les parents envoyés en possession à exercer au nom de l'absent l'action en partage; ils doivent donc avoir également l'exercice de toutes les autres actions immobilières de l'absent. D'ailleurs, plaider n'est pas aliéner; c'est demander à faire reconnaître un droit préexistant; une mauvaise défense, peut, il est vrai, amener la perte de ce droit, ou une collusion frauduleuse entre les plaideurs cacher une aliénation, mais l'intérêt de l'envoyé d'une part, puisque le bien litigieux doit lui revenir un jour, d'autre part l'instruction et les débats de la cause, seront vraisemblablement suffisants pour empêcher ces deux inconvénients de se produire. Il n'est donc pas nécessaire que l'envoyé en possession provisoire

(1) Plasman, I, p. 205; Laurent, II, n° 188; Iluc, I, n° 434; Aubry et Rau, I, § 153, p. 926, texte et note 16.

demande l'autorisation du Tribunal avant d'intenter au nom de l'absent aucune action quelle qu'elle soit (1). Un arrêt de la Cour de Douai s'est prononcé en ce sens. (28 novembre 1853) (2).

— Arrivons aux actes certainement interdits aux envoyés : ces actes sont les actes de disposition.

Ils ne peuvent ni aliéner, ni hypothéquer les immeubles de l'absent, dit l'article 128; cela ne saurait faire naître aucune difficulté, étant donné la nature de l'envoi en possession provisoire qui ne confère pas la propriété aux envoyés. Cette prohibition s'étend également à toutes constitutions de droits réels, servitudes, etc. Les envoyés ne pourraient davantage transiger ou compromettre sur les droits de l'absent, puisque ces actes nécessitent chez ceux qui les passent, la faculté de disposer des droits qui en font l'objet (art. 2045 C. civ., pour la transaction, art. 1003 C. proc. civ. pour le compromis); ils ne pourraient non plus, et par identité de motif acquiescer à une demande dirigée contre eux.

Il faut encore refuser aux envoyés le pouvoir d'accepter ou répudier une succession ou un legs échus à l'absent (avant sa disparition ou ses dernières nouvelles). Ces actes qui peuvent augmenter son patrimoine, mais aussi le grever lourdement si la succession acceptée est oné-

(1) Demolombe, II, n° 114; Demante, I, n° 163 bis I; Merlin, *Rép.*, v° Absents, art. 134, n° 1; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1130.

(2) S., 41, 2, 216.

reuse, ou le diminuer si la succession refusée est bonne, ne rentrent certainement pas dans les pouvoirs d'un administrateur.

Enfin les envoyés ne pourraient pas emprunter au nom de l'absent, car l'emprunt engage tout le patrimoine de l'absent et constitue une aliénation indirecte de ses biens (1).

— Tels sont les actes qui dépassent les pouvoirs des envoyés en possession provisoire, simples administrateurs des biens de l'absent ; or, il est évident qu'il sera parfois sinon nécessaire, du moins avantageux pour l'absent même, d'aliéner un immeuble, d'emprunter avec ou sans hypothèque, de transiger, etc. Supposons par exemple que l'absent ait des dettes exigibles et productives d'intérêts ; il peut être nécessaire de vendre un immeuble pour payer ces dettes, et éviter des poursuites ; ou encore de grosses réparations à des immeubles sont urgentes, l'envoyé ne dispose pas de capitaux suffisants pour acquitter les frais qu'elles entraîneront, il sera utile qu'il emprunte les fonds nécessaires, et peut-être trouvera-t-il plus facilement ces fonds ou ne les trouvera-t-il, que s'il consent au créancier une hypothèque ; de même encore une transaction raisonnable permettrait d'éviter un procès d'issue douteuse ; bref, les actes dont on refuse en principe le pouvoir aux envoyés, comme ne rentrant pas dans les limites de l'administration, seront dans bien des cas avantageux ou mêmes indispensables ; on ne peut donc

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 925, texte et note 41.

raisonnablement les interdire de façon absolue ; il est plus juste d'admettre que ces actes pourront être accomplis s'ils sont reconnus nécessaires et autorisés par un pouvoir supérieur à l'arbitraire des envoyés, et qui sera ici le Tribunal. Tous les auteurs admettent que le Tribunal peut autoriser les envoyés à aliéner, hypothéquer, etc. Les arguments que l'on invoque à l'appui de cette thèse sont d'ailleurs probants.

Ce sont d'abord les considérations pratiques et de bon sens qui ressortent de ce qui précède. Comme dit Demolombe, « ce serait une protection très peu intelligente que celle qui dans l'intérêt de l'absent, défendrait d'une manière absolue et quand même, toute hypothèque, toute aliénation » (1).

Mais il y a en outre des arguments plus significatifs, notamment celui tiré par analogie de l'article 2126 du Code civil. Cet article qui fait partie de la section intitulée : « *Des hypothèques conventionnelles* » s'exprime ainsi : « Les biens des mineurs, des interdits, et *ceux des absents*, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi *ou en vertu de jugements* ». Il résulte des termes de cet article et de sa place qu'une hypothèque conventionnelle peut être établie par les envoyés sur les biens de l'absent en vertu d'un jugement qui les y aurait préalablement autorisés ; or, on ne voit pas pourquoi, si le Tribunal peut autoriser

(1) Demolombe, II, n° 414.

l'hypothèque, il ne pourrait pas autoriser également l'aliénation et autres actes interdits aux envoyés comme dépassant l'administration. De plus, l'autorisation de vendre, d'hypothéquer, etc., pourrait sans doute être donnée par le Tribunal pendant la période de présomption d'absence en vertu de l'article 112, il est logique que le Tribunal ait le même pouvoir dans la période qui suit.

Enfin, si l'on considère ce qui a lieu pour le tuteur, le mineur émancipé, la femme mariée, on voit que l'interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer n'est jamais absolue (art. 457, 1554, 1558, 1559 C. civ.). A ce sujet M. Laurent fait une remarque intéressante par laquelle nous terminerons : « on conçoit, dit-il, que le Juge autorise un propriétaire qui est incapable à aliéner : tels sont les mineurs et les interdits. Mais le Juge peut-il autoriser un administrateur à aliéner ce qui ne lui appartient pas ? En principe, il n'a certes pas ce pouvoir : ainsi il ne pourrait pas autoriser le mari à vendre les immeubles de sa femme. Ne faut-il pas en dire autant des envoyés ? Il y a une raison de différence qui justifie l'opinion généralement suivie. Quant le propriétaire est présent, c'est à lui seul qu'il appartient d'aliéner. Mais quand il est absent, quand il y a incertitude sur sa vie, il est impossible qu'il intervienne. N'est-ce pas là une incapacité qui l'assimile aux mineurs ? » (1).

Le Tribunal autorisera donc les envoyés en possession provisoire à faire les actes dépassant leurs pouvoirs nor-

(1) Laurent, II, n° 481.

maux d'administrateurs, lorsque ces actes seront utiles aux intérêts de l'absent (1). En les autorisant, il en fixera les formes et les conditions qu'il jugera convenables (2).

L'absent de retour devra respecter les actes valablement faits par les envoyés en possession, c'est-à-dire, ceux qu'ils ont accomplis par eux-mêmes comme rentrant dans les limites de l'administration, (sauf les réserves que nous avons faites pour les baux de plus de neuf ans), et aussi ceux qui dépassant leurs pouvoirs, ont été néanmoins autorisés par le Tribunal. L'absent a de même été valablement représenté en justice par les envoyés, tant en demandant qu'en défendant. La chose jugée pour ou contre eux est jugée pour ou contre lui-même. Il ne pourrait pas plus attaquer ces jugements qu'il ne peut attaquer les jugements rendus pour ou contre l'administrateur nommé pendant la période de présomption d'absence, sauf l'exception que nous avons alors signalée, c'est-à-dire, sauf le cas de collusion frauduleuse entre les envoyés et leurs adversaires, les envoyés pouvant par là même être considérés comme ayant cessé de représenter l'absent.

Du reste, toute question de validité des actes mise à part, les envoyés sont responsables vis-à-vis de l'absent des fautes qu'ils ont pu commettre dans la gestion de son patrimoine. Quelle sera la mesure de cette responsabilité ?

(1) Demolombe, II, nos 111 et 113; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, I, 153, p. 925, texte et note 12; Demante, I, n° 162 *bis* II et n° 163 *bis* III; Huc, I, n° 436; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1140; Planiol, III, n° 2483.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, *loc. cit.*

On décide en général que les envoyés doivent être tenus de leur « *culpa levis in abstracto* », c'est-à-dire de la faute que ne commettrait pas un père de famille diligent. Cette opinion s'impose si l'on considère d'une part que la gestion des envoyés n'est pas forcée, d'autre part qu'ils sont des mandataires salariés, puisqu'une partie des fruits les rénumère des soins que leur demande l'administration des biens de l'absent (art. 1137, art. 1992 C. civ.) (1).

Quant aux aliénations, constitutions d'hypothèques, etc., que les envoyés auraient consenties sur les biens de l'absent sans s'être fait autoriser par le Tribunal, ces actes dépassant leurs pouvoirs, ne seraient pas opposables à l'absent de retour. Celui-ci pourrait revendiquer son bien entre les mains du tiers détenteur (il faut toutefois remarquer que si le bien vendu est un meuble corporel, l'application de l'article 2279 mettra le plus souvent obstacle à cette revendication).

La question de savoir si le vendeur et l'acheteur peuvent agir en nullité est controversée. Suivant une première opinion, le tiers acquéreur et l'envoyé vendeur pourraient l'un et l'autre demander la nullité de la vente. Cela n'est pas douteux pour le premier, en vertu de l'article 1599 ; et il faut en dire autant de l'envoyé quoiqu'on puisse lui opposer l'adage : *qui doit la garantie ne peut évincer* ; il doit pouvoir, dans l'intérêt de l'absent,

(1) Laurent, II, n° 469 ; Aubry et Rau, I, § 453, p. 921, texte et note 2 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 4139.

agir en nullité de même que le mari qui a aliéné l'immeuble dotal, de même que le tuteur qui a vendu un bien du pupille peuvent demander la nullité de ces aliénations (1).

D'autres au contraire refusent ce droit à l'envoyé : qui doit la garantie ne peut évincer ; la situation de l'envoyé vendeur n'est pas la même que celle du tuteur ou du mari ; ceux-ci en aliénant le bien du mineur ou de la femme ont fait ce qu'ils n'avaient certainement pas le droit de faire ; mais l'existence de l'absent étant douteuse, l'envoyé a peut-être aliéné sa propre chose, on ne peut dire, que c'est une vente de la chose d'autrui ; pour la même raison, l'acquéreur ne pouvant prouver l'existence de l'absent ne saurait invoquer la nullité de la vente comme portant sur la chose d'autrui. Toutefois, M. Demolombe ne refuse ce droit à l'acquéreur que lorsqu'il a connu la qualité de l'envoyé (art. 1629) ; au cas contraire, il l'admet à invoquer la nullité de l'aliénation afin, dit-il, « de sortir d'une situation incertaine qu'il n'aurait pas alors sciemment acceptée ». — On en dit autant de l'hypothèque : l'envoyé ni le créancier ne pourraient en demander la nullité ; cependant, on admet que le créancier ne pourrait, *hic et nunc*, procéder à l'expropriation. « L'hypothèque n'est pas nulle actuellement, dit encore Demolombe, mais elle n'est pas non plus actuellement valable, il est donc nécessaire d'attendre ». En somme, dans cette opinion, le sort de

(1) Laurent, II, nos 177 et 182.

l'acte dépassant les pouvoirs de l'envoyé reste en suspens jusqu'à ce qu'on ait des nouvelles de l'absent (1).

— Les envoyés en possession provisoire ont droit à une partie des fruits produits par les biens qu'ils ont administrés. L'article 127 auquel nous avons déjà plusieurs fois fait allusion, règle ainsi cette attribution : « Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire, [ou de l'administration légale], auront joui des biens de l'absent ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparait avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparait qu'après les quinze ans.

Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra ».

Nous connaissons déjà le motif principal de cette attribution des fruits aux envoyés. Ce motif est de compenser la charge de l'administration, et la loi a fait ce salaire considérable dans la crainte que cette charge ne rebute ceux qui seraient tentés de demander l'envoi. On ne saurait prétendre, comme le fait Demolombe (2), que les envoyés ont droit aux fruits parce qu'ils sont des possesseurs de bonne foi. Il serait inexact de leur attribuer cette qualité; le possesseur de bonne foi (art. 550) est celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices; cette défi-

(1) Aubry et Rau, I, § 153, p. 930, texte et note 30; Demolombe, II, n° 137; Demante, I, n° 159 *bis* II et n° 162 *bis* III; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 1164 et 1165.

(2) Demolombe, II, n° 120.

nition ne semble guère s'appliquer à l'envoyé, dépositaire, séquestre, administrateur des biens de l'absent.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que les envoyés ont en fait une tendance à se croire propriétaires, tendance de plus en plus légitime à mesure que l'absence se prolonge, qu'en conséquence, ils sont portés naturellement à dépenser les revenus et qu'une restitution totale de ces revenus eût été raisonnablement impossible à demander. On eût éloigné les héritiers si on les avait exposés à des restitutions trop fortes : « il eût été trop onéreux pour eux de rendre compte des revenus qu'ils auraient perçus pendant un grand nombre d'années (1) ».

Ceci dit, examinons rapidement les hypothèses prévues par l'article 127 :

1° Si l'absent reparait avant quinze ans révolus depuis son départ ou ses dernières nouvelles, les envoyés devront lui restituer le cinquième des revenus.

2° S'il ne reparait qu'après quinze ans, toujours depuis la même date, ils ne devront restituer que le dixième.

3° Enfin, l'absent n'aura plus droit à aucune portion des fruits s'il ne reparait qu'au bout de trente ans ; cette fois le texte emploie l'expression « après trente ans d'absence » et non plus celle de tout à l'heure « depuis le jour de la disparition » ; il en est résulté un certain doute ; on s'est demandé si cela signifiait trente ans après la déclaration d'absence ou trente ans après le départ ou les

(1) Bigot-Préameneu. *Exposé des motifs*. Locré, *Lég. civ.*, IV, p. 143.

dernières nouvelles. Cette dernière solution paraît la plus logique ; en effet la loi a vraisemblablement voulu prendre le même point de départ pour la troisième période que pour les deux premières ; et d'ailleurs, s'il s'agissait des trente ans après la déclaration d'absence, les envoyés en possession provisoire seraient devenus les envoyés définitifs ; or, l'art. 127 ne parle que des envoyés provisoires et suppose bien que c'est à eux que la totalité des fruits peut être attribuée (1).

Mais c'est la déclaration d'absence ou plus exactement l'envoi en possession provisoire qui détermine la date à laquelle les fruits peuvent être attribués aux envoyés conformément à l'article 127. Nous avons vu en effet que les fruits perçus jusque là faisaient partie du capital qui est l'objet de l'envoi en possession ; ils ont été placés aussitôt ainsi que l'ordonne l'article 126, et devraient, en cas de retour de l'absent, lui être restitués intégralement.

Les revenus que les envoyés en possession ont le droit de conserver sont, d'après l'opinion générale (2), ceux qui ont été effectivement perçus par eux ; c'est une conséquence de l'idée expliquée plus haut, qu'il faut dispenser d'une restitution excessive les envoyés parce qu'ils finissent par se considérer comme propriétaires des biens de l'ab-

(1) Demolombe, II, n° 125 ; Aubry et Rau, I, § 154, p. 933 et 934 ; Laurent, II, n° 491 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1146 ; Planiol, III, n° 2490.

(2) Plasman, I, p. 160 ; Demolombe, II, nos 121 et 122 ; Demante, I, n° 46 *bis* I ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1159 ; Huc, I, n° 440.

sent et règlent leurs dépenses sur les revenus qu'ils produisent. Comme dit M. Huc (1), « c'est la pensée de rémunérer les envoyés en possession qui a déterminé le législateur a adopté le principe d'une attribution des fruits en leur faveur ; mais le mode et la quotité de cette attribution ont été ensuite influencés par la situation particulière des envoyés » : — Or, le motif de dispenser les envoyés d'une restitution excessive n'existe pas évidemment en ce qui concerne les fruits qu'ils n'ont pas encore perçus. Cette solution semble également résulter des termes même de l'article 127 qui emploie l'expression « rendre » les fruits, ce qui suppose bien qu'ils ont déjà été recueillis.

Par application de ce principe, l'absent de retour recueillerait, par exemple, une récolte encore sur pied, sans que les envoyés puissent prétendre à autre chose qu'au remboursement de leurs frais de labour et de semence. On applique également ce mode d'attribution en ce qui concerne les fruits civils ; par conséquent si lors du retour de l'absent, des fruits civils, arrérages de rente, loyers, fermages, étaient encore dûs, ils seraient touchés en entier par celui-ci.

Enfin, la part des fruits à laquelle ont droit les envoyés se calcule sur les revenus nets, c'est à dire, déduction faite des dépenses qui sont la charge ordinaire des fruits, telles que les impôts, les réparations d'entretien, dont les envoyés doivent supporter leur part propor-

(1) Huc, *loc. cit.*

tionnelle. Seules les grosses réparations doivent être prises sur le capital de l'absent et rester à sa charge (1).

* * *

La possession provisoire cesse :

1° Par le retour de l'absent ou la réception de ses nouvelles.

En ce cas, les envoyés doivent lui restituer tous les biens compris dans l'envoi en possession avec la portion de fruits variable suivant les distinctions de l'art. 127 récemment étudié. Nous savons également quel serait le sort des actes passés par les envoyés et l'effet vis-à-vis de l'absent des jugements rendus pour ou contre eux.

Dans l'hypothèse de la réception de nouvelles de l'absent ou même de son retour, l'article 131 dit formellement que le Tribunal pourrait, si cela était nécessaire, prendre les mesures d'administration de ses biens prévues par les articles 112 s., pour la période de présomption d'absence ; (rappelons que les mesures prises pour le présumé absent peuvent être également maintenues en cas de réception de ses nouvelles et que notamment l'administrateur nommé peut rester en fonctions).

2° Par le décès prouvé de l'absent.

L'article 130 C. civ. qui prévoit cette hypothèse s'exprime ainsi : « La succession de l'absent sera ouverte, du jour de son décès prouvé au profit des héritiers les

(1) Demolombe, II, n° 127 ; Demante, I, n° 168 bis III ; Aubry et Rau, I, § 154, p. 934 ; Laurent, II, n° 193 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1119 ; Huc, I, n° 440.

plus proches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127. »

On règle donc définitivement la succession de l'absent. Si les héritiers envoyés en possession provisoire ne sont pas les héritiers les plus proches au jour du décès, ils devront restituer à ceux qui ont cette qualité, les biens de l'absent et la portion de fruits déterminée par l'art 127. Comme à l'absent, l'obligation s'impose à ceux au profit de qui s'opère cette restitution, de respecter les actes valablement faits par les envoyés et les jugements rendus pour ou contre eux.

Les légataires, donataires de biens à venir, etc., voient leurs droits consolidés. S'ils étaient décédés antérieurement à l'absent, leurs successeurs doivent restituer aux héritiers de l'absent les biens sur lesquels portaient leur droit et la part obligatoire des fruits.

3° Enfin, la possession provisoire cesse par l'envoi en possession définitif.

CHAPITRE IV

Envoi en possession définitif. — Restitutions à faire à l'absent de retour par les envoyés définitifs

La possession provisoire, inspirée avant tout par l'intérêt de l'absent, par le désir d'administrer et protéger son patrimoine, ne pouvait éternellement durer ; lorsqu'elle a continué pendant trente ans ou lorsque cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent, c'est-à-dire lorsque la mort de celui-ci est devenue probable, on procède à l'envoi en possession définitif de ses biens. Art. 129 : « Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire [ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent], ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées ; tous les ayants-droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance ».

Cette situation nouvelle et qui ne doit être remplacée

par aucune autre tant que la mort du disparu ne sera pas prouvée, a pour but de donner enfin satisfaction aux intérêts des personnes présentes et de rendre à la circulation les biens de l'absent dont l'intérêt est maintenant considéré comme de second ordre. Etant donné l'objet de cette étude, l'envoi en possession définitif ne devait pas nous fournir matière à de longs développements ; c'est pourquoi nous avons cru suffisant de lui consacrer un chapitre. Ce qui doit nous intéresser surtout dans cette dernière période de l'absence, c'est la restitution à laquelle l'absent de retour aurait encore droit ; car si l'intérêt de l'absent est maintenant passé au second plan, comme nous le disions tout à l'heure, il n'est néanmoins pas perdu de vue par la loi qui prévoit encore son retour et les réclamations qu'il pourrait diriger contre les envoyés. (article 132 C. civ.)

Cependant comme l'étendue de ces restitutions ne peut être bien comprise que si l'on a d'abord déterminé la nature du droit des envoyés, il nous a semblé utile, avant d'étudier l'article 132, de donner quelques explications sur les caractères de l'envoi en possession définitif.

— Quelques mots d'abord sur l'époque exacte à laquelle il remplace l'envoi en possession provisoire et sur les personnes qui peuvent le demander.

L'envoi en possession définitif peut avoir lieu :

1° Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi en possession provisoire.

2° S'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent. La première hypothèse a donné lieu à une

controverse. Quelques auteurs, entre autres, Demolombe, ont prétendu que les trente ans après lesquels l'envoi en possession définitif pouvait être demandé, devaient se compter à partir de la déclaration d'absence. Cet envoi, en effet, a lieu parce que la présomption de mort est arrivée à son apogée; or, cette présomption de mort a toujours la même force, la même gravité, indépendamment de ce qui est relatif à l'envoi en possession provisoire; la loi emploie l'expression « envoi en possession », mais il peut très bien y avoir eu confusion dans la pensée du législateur entre l'envoi en possession et la déclaration d'absence, qui se suivent généralement de près, si même ils ne sont pas prononcés par le même jugement (1). Pour d'autres, au contraire, on ne pourrait aller à l'encontre du texte si précis qu'est l'article 129 et dont la teneur s'explique parfaitement: la loi a pu vouloir intéresser directement les ayants-droit à ne pas retarder l'ouverture de l'envoi en possession provisoire, régime plus favorable aux intérêts de l'absent que celui qui le précède. Et, si l'absence une fois déclarée les héritiers de l'absent n'ont pas demandé l'envoi en possession, n'est-ce pas peut-être parce qu'ils ont eu des nouvelles de l'absent ou que des faits nouveaux font croire à son existence? (2)

La seconde hypothèse (cent ans écoulés depuis la

(1) Demolombe, II, n° 448; Planiol, III, n° 2494.

(2) Aubry et Rau, I, § 156, p. 941; Demante, I, n° 169 bis I; Laurent, II, n° 222; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1216; Iluc, I, n° 442.

naissance de l'absent) ne donne lieu à aucune difficulté. Il n'est pas nécessaire en ce cas que l'envoi en possession provisoire ait été obtenu ; il suffit qu'il y ait eu déclaration d'absence ; les ayants-droit pourraient d'ailleurs demander à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession définitif.

Les personnes qui peuvent demander l'envoi en possession définitif sont toutes celles qui auraient pu demander l'envoi en possession provisoire, les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et tous ceux ayant des droits subordonnés à la condition de son décès ; cet envoi en possession définitif sera généralement la suite de l'envoi en possession provisoire et sera prononcé au profit des personnes déjà en possession des biens de l'absent.

Ces personnes s'adresseront au Tribunal de première instance du dernier domicile ou de la dernière résidence de l'absent selon les formes prescrites par l'article 860 C. pr. civ. Le Tribunal avant de statuer pourrait ordonner une enquête s'il le jugeait utile ; mais on est d'accord pour admettre, qu'en l'absence d'un texte précis ordonnant cette précaution, elle ne peut être considérée comme obligatoire et nécessaire dans tous les cas (1).

— Ces quelques détails indispensables étant donnés, voyons quelles sont les raisons et quels sont les caractères de l'envoi en possession définitif :

(1) Demolombe, II, n° 149 ; Laurent, II, n° 324 ; Huc, I, n° 442 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1219.

La prolongation de l'absence et du défaut de nouvelles a rendu le décès de l'absent de plus en plus probable ; s'il existe d'ailleurs, il est impardonnable de garder le silence ; on a attendu assez longtemps dans son intérêt puisque l'envoi définitif ne peut être demandé qu'après trente-cinq ans ou quarante et un ans d'absence, suivant le cas ; l'intérêt de ses héritiers et de tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès mérite maintenant d'être pris en sérieuse considération ; d'autre part, l'intérêt général réclame la libre circulation des biens de l'absent qui sont restés si longtemps inaliénables ; il y a donc lieu désormais d'établir un système qui, sans sacrifier entièrement les droits de l'absent dont la mort n'est pas certaine, donne satisfaction aux droits de ses héritiers et à l'intérêt de la Société.

Voici les traits essentiels de la situation nouvelle :

Les envoyés sont désormais propriétaires des biens de l'absent ; propriétaires incommutables dans leurs rapports avec les tiers, ils n'ont vis-à-vis de l'absent qu'un droit de propriété révocable ; ainsi sont satisfaits, dans la mesure du possible, les divers intérêts en présence.

De ce que les envoyés sont désormais co-héritiers, co-propriétaires, résultent les conséquences suivantes :

Ils pourront maintenant se demander réciproquement le partage des biens de l'absent (art. 129) ; ils pourront donc également, pour former la masse à partager, se demander réciproquement le rapport des libéralités qu'ils auraient reçues de l'absent à titre non précipitaire ; ils

pourront de même agir en réduction des libéralités dépassant la réserve (1).

Ils pourront désormais disposer des biens de l'absent, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit puisqu'ils sont propriétaires vis-à-vis des tiers. Leurs pouvoirs ne sont donc plus en aucune façon limités ; pas davantage d'ailleurs les garanties de restitution qui leur étaient imposées pendant l'envoi provisoire, ne subsistent : les cautions sont déchargées de plein droit (art. 129), sans même qu'il soit besoin que l'envoi définitif ait été prononcé ; cette décharge a lieu, d'après la majorité des auteurs, même pour le passé (2).

— Cependant, disions-nous, le décès de l'absent n'étant pas prouvé et son retour, quelque improbable soit-il, devant encore être pris en considération, les envoyés ne pouvaient être considérés vis-à-vis de lui comme propriétaires incommutables. Si donc, par impossible, ce retour se produisait, l'absent reprendrait entre leurs mains ce qui reste de son patrimoine : Art. 132. « Si l'absent reparait ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus ».

(1) Demolombe, nos 440 et 453 ; Aubry et Rau, § 157 ; Laurent, II, n° 226 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 1223, 1224 et 1225 ; Huc, I, n° 443.

(2) Demolombe, II, n° 455 s. ; Aubry et Rau, I, § 157, p. 943 ; Demante, I, n° 170 ; Laurent, II, n° 227 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1228 ; Huc, I, n° 443.

Tel est le texte qui règle les restitutions à faire à l'absent de retour après l'envoi en possession définitif et sur les dispositions duquel nous avons maintenant à donner les explications nécessaires.

Tout repose en cette matière sur le principe suivant : la restitution à laquelle a droit l'absent ne doit être pour les envoyés la source d'aucune perte, mais du moins doit-elle comprendre tout ce dont ils se trouvent enrichis aux dépens de l'absent.

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées :

I. Les biens n'ont pas été aliénés ou du moins une partie des biens se trouve encore entre les mains des envoyés. En ce cas l'absent les reprendra dans l'état où ils se trouveront (art. 132). Des changements ont en effet pu se produire sur ces biens, qui, s'ils sont toujours là, n'existent peut être plus dans leur état premier. Il peut se faire, par exemple, que l'envoyé ait consenti sur ces biens, des droits réels, servitudes, hypothèques, au profit de tiers ; l'absent devra les respecter ; ou bien encore ces biens ont pu recevoir des détériorations, dégradations de toute nature ; l'absent ne pourra pas demander d'indemnité de ce chef, quelle que soit la source d'où elles proviennent, quand bien même elles seraient dues au fait des envoyés ; quelle que soit l'époque où elles se sont produites, fût-ce pendant l'envoi en possession provisoire. L'article 132 ne fait à cet égard aucune distinction (1).

(1) Demolombe, II, n° 165 ; Aubry et Rau, I, § 157, p. 945 ; Demante, I, n° 174 *bis* ; Laurent, II, n° 234 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 119 ; Iluc, n° 444.

A l'inverse, les biens ont pu recevoir une augmentation de valeur. Ce sont, par exemple, des causes naturelles, accessions, alluvions qui sont venues augmenter les terres de l'absent; ou bien les envoyés, par leurs propres soins, par leurs impenses, ont effectué des améliorations, embellissements, etc., l'absent en profitera, — sauf, d'après la plupart des auteurs, à rembourser aux envoyés leurs dépenses nécessaires ou utiles, à moins, que d'après leur nature ou les circonstances, elles ne dussent être considérées comme une charge des fruits. L'article 132 n'a pas entendu déroger ici au droit commun (art. 861, 862, 1381, 1634 C. civ.) (2).

II. Tout ceci est relativement simple; mais que se passera-t-il si les biens de l'absent ont été aliénés par les envoyés en possession définitive? L'absent recouvrera alors le prix des biens aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus (art. 132).

Prenons d'abord l'hypothèse la plus simple, celle où la vente n'a pas été suivie d'emploi du prix.

Si le prix n'a pas encore été payé par le tiers acquéreur entre les mains de l'envoyé, l'absent recueille l'action en paiement que possède celui-ci. Mais si l'envoyé a touché le prix de son acheteur l'absent, peut encore réclamer à l'envoyé la valeur de ce prix, bien qu'il

(2) Demolombe, II, n° 165; Aubry et Rau, I, § 157, p. 945 et 946; Merlin, *Rép*, v° *Absent*, art. 138; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1233.

n'existe plus juridiquement, puisque l'envoyé ne doit pas s'enrichir à ses dépens. L'article 132 ne fait pas ici la distinction que l'on trouve dans l'article 747 C. civ. d'après lequel l'ascendant donateur ne reprend dans la succession du donataire le prix de l'aliénation de l'objet donné que si ce prix est encore dû. Si le prix touché par l'envoyé a été par lui placé au nom de l'absent, pas de difficulté ; l'absent supportera les risques du placement. En dehors de là, l'absent pourra réclamer le prix entier à l'envoyé, la perte ou la dissipation ne doit pas s'en présumer ; mais comme l'envoyé ne doit en définitive à l'absent que ce dont il s'est enrichi, s'il n'a pas en fait profité du prix, ou s'il n'en a profité qu'en partie, il ne sera pas tenu de le restituer, on ne restituera que la partie dont il aura profité. Ce sera à lui d'établir la preuve de ce fait : *Reus in exceptione fit actor* (1).

Si maintenant l'envoyé a employé le prix du bien aliéné à l'acquisition d'un bien nouveau, l'article 132 le rend débiteur envers l'absent du bien ainsi acquis.

Mais certains auteurs, dont Plasman et Duranton (2), ont prétendu que l'envoyé pouvait se libérer envers l'absent en lui offrant soit le prix de la première aliénation, soit le bien acquis en remploi ; en d'autres termes,

(1) Demolombe, II, nos 166, 169 et 171 ; Aubry et Rau, I, § 157, p. 945 ; Demante, I, n° 169 bis II ; Laurent, II, n° 235 ; Huc, I, n° 444 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, nos 1235 et 1236.

(2) Plasman, I, p. 239 s. ; Duranton, I, 509.

qu'il n'était pas débiteur envers l'absent du bien acquis en remploi et de ce bien seulement, qu'il ait depuis augmenté ou diminué de valeur, mais débiteur sous une alternative et à son choix, soit du prix du bien vendu, soit du bien nouvellement acquis, — sous la condition toutefois de ne pas diviser l'option. Outre que ce système ne paraît guère résulter des termes employés par l'article 132, il irait à l'encontre du principe que les envoyés ne doivent pas s'enrichir aux dépens de l'absent; en effet, si les biens avaient une valeur supérieure au prix, les envoyés ne manqueraient pas de restituer le prix. Plasman lui-même reconnaît les abus possibles quand il dit : « Un envoyé définitif pensant que l'absent peut revenir, et ayant même quelques inquiétudes à cet égard, pourrait vendre le bien à un prix en apparence très modique et recevoir de la main à la main le véritable prix dissimulé dans l'acte authentique, acheter ensuite des biens avec le prix porté au contrat et avec la somme remise secrètement, et ne rendre à l'absent que le prix ostensible porté sur l'acte public ».

Pour Demolombe, s'il y a eu déclaration d'emploi dans le contrat d'acquisition, l'absent ne pourrait reprendre que le bien ainsi acquis. S'il n'y a pas eu déclaration d'emploi, l'envoyé ne doit que le prix, car l'envoyé a voulu acheter pour son propre compte. Si cependant le bien nouvellement acquis avait diminué de valeur, il accorde à l'envoyé d'opter pour la restitution du prix du

bien vendu, car il importe surtout de le garantir de toute perte sur ses propres biens ⁽¹⁾.

Nous croyons préférable l'opinion d'après laquelle l'absent n'a toujours et seulement droit qu'au bien acquis en remploi du prix d'un autre bien vendu. Elle est plus conforme au texte de l'article 132 qui ne fait pas les distinctions que propose Demolombe, et plus conforme aussi au principe que les envoyés ne doivent ni subir de pertes sur leurs propres biens, ni s'enrichir au détriment de l'absent, ce qui arriverait si on admettait le système de Duranton et Plasman ⁽²⁾.

Rapprochons de l'hypothèse que nous venons d'examiner celle de l'échange; l'absent aurait droit à restitution du bien acquis en échange du sien par l'envoyé, et qui s'est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné (arg. art. 1407, 1559, C. civ.) ⁽³⁾.

Supposons enfin que les envoyés aient aliéné les biens de l'absent à titre gratuit. Ces aliénations ne pourraient être critiquées par l'absent de retour; en effet, il ne peut reprendre que les biens qui existent encore entre les mains des envoyés — ces biens n'y sont plus; ou le prix de ces biens — il n'y a pas de prix dont les envoyés se

(1) Demolombe, II, nos 174 et 175.

(2) Aubry et Rau, I, § 157, p. 945; Laurent, II, n° 236; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1238; Huc, I, n° 441.

(3) Demolombe, II, n° 274; Demante, I, 174 bis IV; Aubry et Rau, Laurent, Huc, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1237.

soient enrichis. Cependant, quoique la donation d'un bien de l'absent ne soit en principe la source d'aucun enrichissement pour les envoyés, le contraire peut quelquefois se produire. On peut, par exemple, supposer que l'envoyé ait fait une donation avec charge, et doive retirer un profit personnel de l'exécution de cette charge. L'absent de retour bénéficiera désormais de la charge ou demandera une indemnité de ce chef. On peut encore citer comme exemple, le cas où l'envoyé aurait certainement pris sur ses biens personnels le montant de la donation qu'il a faite à l'aide des biens de l'absent; ainsi il a donné une partie de ces biens en dot à l'un de ses enfants; son patrimoine à lui est d'autant plus riche. — Mais, pourrait objecter l'envoyé, si je ne m'étais cru propriétaire des biens de l'absent, si j'avais été réduit à mes ressources personnelles, j'aurais donné une dot moins considérable; je n'ai donc pas en réalité épargné une partie de mon patrimoine égale à celle que j'ai prise des biens de l'absent. — Il paraît donc juste de baser l'indemnité due à l'absent par l'envoyé sur ce qu'il aurait pris lui-même de son patrimoine, puisque c'est de cela seul qu'il s'est enrichi. Bien entendu, ce sera à l'envoyé à faire la preuve qu'il ne s'est pas enrichi d'une valeur égale à celle des biens de l'absent qui ont fait l'objet de la constitution de dot (1).

(1) Plasman, I, p. 233 et 234; Demolombe, II, n° 157; Aubry et Rau, I, § 157, p. 945; Demante, I, n° 174 bis; Laurent, II, n° 237; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1241; Iluc, I, n° 333.

L'absent prendrait enfin à son compte les actions qui appartiendraient à l'envoyé définitif donateur contre le donataire, ainsi, l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges (1).

Les règles que nous venons d'exposer sur la restitution à faire à l'absent de retour par les envoyés définitifs supposent que ceux-ci ne sont pas de mauvaise foi ; au cas contraire, c'est-à-dire, si les envoyés connaissaient l'existence de l'absent et savaient par suite qu'ils ne sont pas propriétaires de ses biens, et si néanmoins ils se comportaient comme tels, ils seraient responsables vis-à-vis de l'absent de retour des aliénations et des détériorations provenant de leur fait (2).

* * *

L'envoi en possession définitif est définitif en ce sens que lorsqu'il a été prononcé, la situation des envoyés ne doit plus changer tant que l'absence se prolonge.

Il cesse, bien entendu, avec l'absence elle-même :

1° Par le retour de l'absent — nous venons de voir quels droits celui-ci aurait alors contre les envoyés — par la réception de ses nouvelles, auquel cas si l'absent ne pouvait de suite gérer ses biens, le Tribunal pourrait ordonner les mesures nécessaires à leur administration (arg. art. 131).

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Demante, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, I, § 157, p. 945 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1232.

2° Par le décès prouvé de l'absent ; sa succession est alors définitivement ouverte au profit de ses héritiers les plus proches au jour du décès. Si ce sont les envoyés, leur situation est alors à tous égards irrévocable ; sinon, ils doivent restituer les biens de l'absent aux véritables héritiers ; la restitution s'en effectuera au profit de ceux-ci comme au profit de l'absent lui même, conformément aux principes de l'article 132.

De même, si la date du décès de l'absent montre que les droits des légataires, donataires de biens à venir, etc., sont devenus caducs par le prédécès de leurs titulaires, ceux-ci devront également restituer aux héritiers de l'absent les biens sur lesquels portait leur droit.

TROISIÈME PARTIE

Des Droits éventuels qui peuvent compéter à l'Absent après sa disparition ou ses dernières nouvelles

Nous avons vu jusqu'à présent par suite de quelles mesures, variables avec les périodes de l'absence, se trouvaient protégés les biens composant le patrimoine de l'absent au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, les droits déjà acquis par lui à cette époque.

Nous allons examiner maintenant ce qu'il advient des « droits éventuels qui peuvent lui compéter » pour employer l'expression même de la loi qui sera bientôt expliquée, et sans qu'il y ait lieu cette fois de distinguer entre la période de présomption d'absence et celle de l'absence déclarée, les articles 135 s. du Code civil qui régissent la question, s'appliquant par cela seul qu'il y a incertitude sur l'existence de l'intéressé.

CHAPITRE I

Par qui sont recueillis les droits éventuels échus à l'absent? — Ceux à qui ils sont attribués à son défaut doivent-ils fournir des garanties de restitution, remplir des conditions quelconques dans l'intérêt de l'absent?

Les droits éventuels, dit M. Demolombe, sont « les droits futurs et incertains qui sont subordonnés à l'existence de l'individu appelé à les recueillir par le double motif, en général,

1° Qu'avant leur ouverture ces droits ne sont pas encore nés et ne peuvent pas dès lors être acquis ;

2° Parce qu'ils s'adressent à l'individu lui-même, à lui personnellement, et que, dès lors, ils ne peuvent être transmis par lui à d'autres, qu'autant qu'il en a été lui-même et personnellement saisi ». (1)

Il s'agit donc maintenant de tous les droits non encore acquis par l'absent au moment de sa disparition ou de ses

(1) Demolombe, II, n° 200.

dernières nouvelles parce qu'à cette époque ces droits ne s'étaient pas encore ouverts à son profit, mais qui viendront s'offrir à lui par la suite et lui seraient acquis à la seule condition de son existence à ce moment.

Il en sera ainsi :

1° Du droit de succession, car pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725 C. civ.) ;

2° Du droit au legs, qui exige l'existence du légataire lors du décès du testateur si le legs est pur et simple (art. 1039 C. civ.), et au moment de l'avènement de la condition s'il est conditionnel (art. 1040, C. civ.) ;

3° Du droit de retour conventionnel, qui exige l'existence du donateur qui l'a stipulé, au jour du décès du donataire (art. 951 C. civ.) ;

4° Du droit à une substitution, qui exige l'existence de l'appelé lors de la mort, de la déchéance ou de l'abandon du grevé (art. 1048-1053 C. civ.) ;

5° Du droit de bénéficier d'une donation de biens à venir qui exige la survie du donataire au donateur (art. 1089 C. civ.) ;

6° Du droit aux arrérages à échoir d'une rente viagère, que le titulaire ne pourra réclamer qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (art. 1983 C. civ.).

Supposons qu'un droit de ce genre s'ouvre au profit d'une personne absente ; supposons que cette personne soit appelée à recueillir une succession ou un legs, à

bénéficier d'un droit de retour ou d'une substitution, à toucher les arrérages d'une rente viagère, qu'arrivera-t-il ? Quel sera le sort de ces droits qui exigent l'existence de la personne appelée à les recueillir, et qui s'ouvrent au profit d'une personne, dont, par définition, l'existence est incertaine ?

L'art. 135 C. civ. pose d'abord la règle suivante :

« Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve il sera déclaré non recevable dans sa demande ». Cette règle est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit et n'est autre que l'application du principe d'après lequel c'est au demandeur à prouver le fait qui sert de base à sa prétention ; d'autre part cela résulte de ce que l'absence n'entraîne ni présomption de vie, ni présomption de mort ; dès le début, nous avons pris soin de faire ressortir cette idée, dont la Jurisprudence, précisément en général à propos de droits éventuels échus à l'absent, a fait de nombreuses applications (1) ; en notre espèce, ceux qui réclament une succession, un legs, une substitution, au nom de l'absent prétendent par là même que celui-ci les a recueillis ; ils ont donc à prouver son existence puisqu'il n'a pu les recueillir qu'à la condition d'exister.

(1) Cass., 15 décembre 1863, S., 64, 1, 27 ; Lyon, 20 août 1869, S., 70, 2, 124 ; Cass., 14 août 1871, S., 71, 1, 111 ; Caen, 23 décembre 1875, S., 76, 2, 137 ; Cass., 29 janvier 1879, S., 79, 1, 159.

Un arrêt de la Cour de Cassation a décidé que les héritiers présomptifs d'un absent n'ont le droit de réclamer le paiement des intérêts d'une créance appartenant à ce dernier et productive d'intérêts pendant sa vie seulement qu'en prouvant son existence. Ces intérêts ont en effet, dit l'arrêt, un caractère d'éventualité dans le sens de l'article 135 C. civ. puisque leur naissance et leur échéance dépendent de l'existence de l'absent (1). Cette hypothèse est, on le voit, assez voisine de celle où une rente viagère étant stipulée sur la tête d'un absent, les héritiers présomptifs de celui-ci en réclameraient les arrérages.

Jusqu'à ce qu'ils aient fait la preuve de l'existence de l'absent au moment où les droits éventuels se sont ouverts à son profit, ceux qui les réclameront en son nom seront déclarés non recevables en leur demande, dit l'art. 137; or cette preuve est impossible, l'état d'absence suppose justement l'impossibilité de prouver si le disparu est vivant ou mort, et répétons-le, aucune présomption légale ne remplace cette preuve impossible. L'article 135 revient donc à écarter l'absent comme s'il n'existait pas. L'article 136 en tire immédiatement la conséquence pour un cas spécial, celui où le droit échu à l'absent est un droit de succession : « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut ».

(1) Cass., 8 décembre 1824, D., 25, 1, 54.

Avant d'aller plus loin, il y a lieu dès maintenant de faire observer que les articles 135 s. C. civ., s'appliquent aussi bien pendant la période de présomption d'absence qu'après l'absence déclarée. Ce point a pourtant été controversé. Avec Maleville (1), quelques auteurs ont prétendu que ces articles visaient exclusivement l'absent déclaré ; ils invoquaient d'abord la place même des articles 135 s. formant une section du chapitre III du titre des Absents, lequel chapitre s'occupe uniquement des effets de l'absence déclarée ; puis le danger qui résulterait, dans l'opinion contraire, pour celui qui vient de s'éloigner de son domicile et qui probablement existe encore, de voir ses droits abandonnés à d'autres et d'autant plus compromis que ceux qui les auraient recueillis à sa place, en prétextant son inexistence, n'auraient été astreints à fournir aucune garantie de restitution. Enfin, disait-on, si les articles 135 et 136 s'appliquaient à la personne en état de présomption d'absence, il y aurait contradiction entre ces articles et l'article 113 qui suppose que l'absent présumé recueille une succession. Néanmoins, l'opinion contraire a décidément et justement prévalu en doctrine et en jurisprudence (2). D'abord, fait remar-

(1) Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, tome I, art. 135, p. 153.

(2) Demolombe, II, 263 ; Demante, I, 179 bis I et II ; Aubry et Rau, I, § 158 ; Laurent, II, n° 253 ; Huc, I, n° 447 ; Planiol, III, n° 1720 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1258 ; — Cass., 30 août 1826, S., 27, 1, 157 ; Metz, 3 janvier 1860 ; Dalloz, *rép., suppl.*, v° *Absence*, n° 78 ; Alger, 4 mai 1896, S., 98, 2, 140 ; Orléans, 23 mars 1905, *Gazette des Tribunaux*, 5 mai 1905.

quer Demolombe, la distribution du titre des Absents n'est pas, à beaucoup près, irréprochable ; les arguments fondés sur la place qu'occupe telle section ou tel article ne sauraient donc être bien péremptoires. L'expression : « Individu dont l'existence n'est pas reconnue », employée par l'article 135, doit, croyons-nous, s'entendre aussi bien de celui qui est présumé absent que de celui dont l'absence a été déclarée par jugement ; et il semble résulter des travaux préparatoires du Code, que ce soit justement pour éviter toute équivoque à ce sujet, que ces termes généraux ont remplacé, après discussion au Conseil d'État, le mot « absent » qui se trouvait dans le projet primitif. Quant à l'article 113, il ne peut servir d'argument, cet article en effet ne vise certainement que la succession déjà ouverte au profit de l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles. Enfin, quant au danger qu'il y aurait pour celui qui vient de s'éloigner de son domicile, de voir les autres intéressés méconnaître son existence s'il s'ouvre une succession en sa faveur, et s'emparer de cette succession dont ils pourront au moins garder les fruits (art 138 C. civ.), c'est un danger qui n'existe guère. En effet si la situation prévue par l'article 135 peut exister longtemps avant le jugement déclaratif d'absence, du moins est-elle déjà bien distincte de la non-présence ; l'article 135 ne s'appliquera que s'il y a réellement incertitude sur l'existence de celui en faveur de qui s'ouvrent les droits éventuels ; et ce sera aux Tribunaux de décider, un individu étant disparu, s'il

y a véritablement incertitude sur son existence, s'il se trouve vraiment en état de présomption d'absence et si l'on peut par suite lui appliquer les articles 135 et 136 (1). Ainsi, à la demande des intéressés voulant recueillir une succession échue à une personne dont ils prétendent l'existence incertaine, le Tribunal pourra répondre qu'il y a simplement non-présence de cette personne, que l'incertitude sur son existence n'est pas suffisamment établie pour qu'il y ait lieu à la dévolution prévue par l'art. 136, et si l'on considère que le Tribunal ne rendra ce jugement qu'après avoir été éclairé par le rapport d'un Juge commissaire sur les circonstances de l'absence et après avoir entendu les conclusions du Ministère public, on voit qu'il n'y a guère à craindre pour les non-présents, ce prétendu danger résultant d'une application trop absolue des articles 135 et 136.

Lorsque l'individu disparu au moment où s'ouvre en sa faveur une succession, aura été ainsi déclaré simple non-présent par le Tribunal, ou quand, sans demander son exclusion ses cohéritiers auront reconnu son existence, il y aura lieu de lui appliquer les mesures spéciales au cas de non-présence, dont nous avons parlé en commençant (voir page 36 s.).

Remarquons que le jugement déclarant qu'un individu n'est pas absent au sens de l'article 135 C. civ., ou la

(1) Cass., 21 novembre 1887, S., 88, 4, 324, D., 88, 4, 465 ; Cass., 23 novembre 1891, S., 92, 4, 16 ; Cass., 8 mars 1904, D., 1904, 4, 266, S., 1909, 4, 242.

reconnaissance de son existence par ses cohéritiers, n'entraîne pas pour ceux-ci une impossibilité définitive de se prévaloir des articles 135 et 136. En effet, il peut arriver que les doutes sur l'existence du disparu, reconnus insuffisants d'abord par le tribunal ou les intéressés de l'article 136, s'accroissent par la suite ; que l'absence soit même déclarée. En ce cas la part de l'absent doit faire retour à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut si l'incertitude sur l'existence avait été reconnue dès le début. En effet, ces biens ne peuvent faire partie de l'envoi en possession qui ne comprend que ceux possédés par l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. On ne pourra opposer à ceux qui voudront les recueillir par application de l'article 136, ni le jugement déclarant que l'existence de leur cohéritier n'est pas incertaine, car ce jugement n'a statué que sur la situation présente ; ni leur reconnaissance volontaire de cette existence, car elle ne peut être interprétée que comme provisoire et conditionnelle, édictée par les circonstances du moment, et susceptible de tomber dès que ces circonstances sont venues à changer. « L'intérêt de l'absent même, observent MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, commande qu'il ne soit pas nécessaire pour les intéressés de l'exclure aussitôt que le droit s'ouvre à son profit sous peine de ne pouvoir l'exclure jamais ; sans quoi pour plus de sûreté, son exclusion ne manquerait jamais d'être soigneusement réclamée de

suite ». Ajoutons que la Jurisprudence s'est récemment prononcée en ce sens (1).

Lorsqu'un testateur dispose en faveur d'une personne dont l'existence est douteuse, mais qu'il a des raisons de croire vivante et susceptible de revenir dans un certain délai, un moyen pour lui d'éviter la dévolution de l'art. 136 et de protéger la part de cette personne, serait d'établir une clause ordonnant que la portion de biens par lui léguée à la personne en question ne pourra être recueillie par ceux à qui elle serait dévolue à son défaut qu'après un temps déterminé ; il pourrait en même temps nommer un exécuteur testamentaire chargé d'administrer cette part jusqu'à cette époque. Cette clause s'est effectivement rencontrée dans la pratique ; elle fut tantôt annulée (2), tantôt considérée comme valable (3) par la Jurisprudence.

— Donc lorsqu'il s'ouvre un droit éventuel au profit d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue, absent présumé ou déclaré, ce droit ne lui est pas plus attribué que s'il n'existait pas ; en conséquence (art. 136 C. civ.), si c'est une succession, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

L'article 136 n'est d'ailleurs que l'application d'un

(1) Demolombe, II, nos 206 et 207 ; Aubry et Rau, I, § 158 ; Huc, I 449 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1264 ; Planiol, III, n° 1723 ; — Vannes, 10 juillet 1903, Gazette des Tribunaux, 20 octobre 1903.

(2) Aix, 30 août 1811, S., 12, 2, 27.

(3) Bruxelles, 3 juin 1819, S., chr., III, 2, 80.

principe général : l'absent n'exerçant pas son droit, tous ceux qui étaient appelés à profiter de son non-exercice seront admis à faire valoir leurs propres droits. (1) Ainsi, — reprenons l'art. 136 — si c'est un droit de succession qui échoit à l'absent, la part qu'il aurait recueillie si son existence avait été reconnue, reviendra soit par voie d'accroissement ou de dévolution propre, à ses cohéritiers du même ordre et degré, ou aux héritiers de l'ordre ou degré subséquent, soit par voie de représentation à ses descendants qui entrent dans sa place et dans ses droits. Ce dernier point a été très controversé-autrefois, mais la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui nettement fixées en ce sens (2) : on peut représenter un absent ; le meilleur argument en faveur de cette opinion est qu'il serait déraisonnable que les cohéritiers de l'absent prétendissent tout à la fois écarter l'absent sous prétexte que son existence n'est pas certaine et ses descendants sous prétexte que son décès n'est pas prouvé.

Si l'absent est appelé à un legs, ce legs sera recueilli par le légataire substitué vulgairement ou ira accroître la part des héritiers *ab intestat* ;

Si l'absent est appelé à recueillir une donation de biens à venir, les biens, objet de la donation, seront recueillis par les héritiers *ab intestat* du donateur ;

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1261.

(2) Aubry et Rau, I, § 158, texte et note 3 ; Demolombe, II, n° 209 ; Laurent, II, n° 255 ; Huc, I, n° 448 ; Planiol, III, n° 1767 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1262.

Si l'absent est appelé à recueillir une substitution, les biens qui font l'objet de la substitution iront aux héritiers *ab intestat* du grevé.

S'il s'agit d'un droit qui n'était susceptible d'appartenir qu'à l'absent comme ayant un caractère viager, il sera réputé éteint ou considéré comme n'ayant jamais pris naissance. Il en sera ainsi du droit à une rente viagère, du droit aux intérêts d'une créance la vie durant du créancier, d'un legs d'usufruit.

— Ainsi, lorsque l'absent sera appelé à recueillir des droits éventuels, tout se passera, au moins provisoirement comme s'il était mort. Cependant, il est toujours possible que la personne disparue revienne ou donne de ses nouvelles, prouvant par là qu'elle existait quand se sont ouverts à son profit les droits qui ont été recueillis par d'autres et que par suite cette dévolution a été faite à tort. La loi, a-t-elle, prévoyant cette possibilité du retour de l'absent et pour assurer les restitutions qui devront alors lui être faites, imposé à ceux qui recueillent ses droits éventuels à son défaut, des obligations analogues à celles qui incombent aux envoyés en possession provisoire ?

Nous nous souvenons que ceux auxquels on confie le patrimoine que l'absent possédait au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, sont astreints à faire inventaire, à fournir caution, etc., enfin que leurs droits sur les biens de l'absent sont limités à ce qui est nécessaire à leur administration. De semblables conditions sont-elles

imposées à ceux qui recueillent les droits éventuels échus à l'absent ?

Il est utile, pour résoudre la question, — que la loi n'a pas expressément tranchée, — de voir si la dévolution qui leur est faite en vertu de l'article 136, les place, vis-à-vis de l'absent, dans la même situation que les envoyés en possession provisoire. Les envoyés, avons-nous dit, se mettent en possession du patrimoine de l'absent à titre de dépositaires, d'administrateurs ; art. 125 : « la possession provisoire ne sera qu'un dépôt, etc. ». Au contraire, les intéressés de l'article 136 recueillent les droits qui leur sont attribués à l'exclusion de l'absent, en leur propre nom et pour leur compte personnel ; les successions, par exemple, leur sont dévolues à titre de propriétaire, en vertu d'une vocation propre, comme étant les plus proches héritiers connus, et les seuls ayants-droit quant à présent ; elles leur sont acquises directement, sans jamais être passées par le patrimoine de l'absent dont ils ne sont en aucune façon les mandataires, les dépositaires. Il en résulte notamment qu'ils n'ont point à demander et obtenir d'envoi en possession ; la dévolution de l'art. 136 s'opère immédiatement, dès l'ouverture du droit, si à cette époque il y a incertitude sur l'existence du véritable titulaire.

Etant propriétaires, les intéressés de l'article 136 peuvent non seulement administrer les biens qu'ils ont recueillis à défaut de l'absent, mais encore en disposer librement ; ces biens seront soumis aux poursuites de leurs créanciers, etc. Il faudrait un texte pour restreindre

leurs pouvoirs et ce texte n'existe pas. Pour les mêmes motifs, on ne peut les astreindre à faire inventaire, fournir caution, faire vendre le mobilier, etc. ; telle est la solution unanimement adoptée par les arrêts et les auteurs (1).

Il y a eu cependant controverse à propos de l'inventaire. Quelques auteurs (2) ont prétendu que les intéressés de l'article 136 devaient apposer les scellés et faire inventaire en présence d'un notaire nommé à l'effet de représenter l'absent. C'est nécessaire, disaient-ils, si l'on veut que l'action réservée à l'absent de retour ne soit pas inefficace ; l'article 113 prévoit d'ailleurs cette hypothèse et commet un notaire pour représenter l'absent dans l'inventaire ; enfin toutes les fois que la loi a autorisé une dévolution provisoire appelée à cesser un jour ou l'autre, elle a exigé cette précaution de ceux en faveur de qui se produit cette dévolution afin de garantir les intérêts de ceux dont on ignorait alors les droits ; ainsi, lorsque la succession est dévolue aux successeurs irréguliers, ceux-ci, conjoint survivant, État, doivent faire apposer les scellés et faire faire inventaire ; à plus forte raison, ces garanties doivent-elles être exigées dans notre espèce, où l'on est sûr d'avoir à tenir compte d'un héritier plus proche sus-

(1) Plasman, I, p. 343 ; Demolombe, II, 213 ; Aubry et Rau, I, § 158, p. 952 et 953 ; Demante, I, n° 179 *bis* I ; Laurent, II, n° 256 ; Hue, I, n° 449 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1267 ; Planiol, III, n° 1721 — Bordeaux, 16 mai 1832, S., 32, 2, 432 ; Amiens, 12 décembre 1838, D., 39, 2, 38 ; Bourges, 17 janvier 1872, S., 72, 2, 134 ; Dijon, 23 mars 1888, S., 88, 2, 140.

(2) Duranton, I, n° 394 ; de Moly, n° 632.

ceptible toujours de se présenter. La loi, est-il possible d'ajouter, serait inconséquente, si d'une part exigeant que les envoyés en possession provisoire fassent inventaire, fournissent caution, voient pendant trente ans leurs pouvoirs considérablement restreints dans l'intérêt de l'absent, elle abandonnait d'autre part, après peut-être quelques mois seulement d'absence, les successions échues à l'absent à ses cohéritiers, sans exiger d'eux la moindre garantie.

Ces dernières considérations sont évidemment très justes ; néanmoins l'opinion qui a prévalu est qu'il n'y a lieu d'exiger aucune garantie de ceux qui recueillent les droits éventuels échus à l'absent ; et, tout en regrettant le silence de la loi qui aurait dû, selon nous, imposer ici les mêmes garanties de restitution qu'en cas d'envoi en possession provisoire, nous reconnaissons qu'il est impossible, en l'absence de texte exprès, d'obliger ceux en faveur de qui s'opère la dévolution prévue par l'art. 136, à faire inventaire, donner caution, etc. Nous avons déjà eu l'occasion de constater qu'il n'était pas permis de tirer argument de l'article 113 qui ne s'applique qu'aux successions ouvertes avant la disparition ou les dernières nouvelles. Nous ne pouvons davantage raisonner par analogie et appliquer à notre hypothèse ce qui est dit pour les envoyés en possession provisoire ou les successeurs irréguliers. Les intéressés de l'article 136 sont propriétaires et non dépositaires ; aucune atteinte ne peut être portée à leur droit sans un texte qui l'autorise.

Il y a là une lacune évidente de la loi ; lacune inexplicable si l'on considère l'esprit général des dispositions sur l'absence, et lacune d'autant plus dangereuse pour les intérêts de l'absent qu'une jurisprudence aujourd'hui nettement établie valide, comme nous le verrons bientôt, les actes de disposition passés par l'héritier apparent.

CHAPITRE II

Droits de l'absent qui reparaît : 1° Contre ceux qui ont recueilli à son défaut les droits éventuels qui lui sont échus ; 2° Contre les tiers avec lesquels ils ont traité.

La dévolution opérée en vertu de l'article 136 n'est cependant pas définitive. Le contraire serait absolument injuste. Si l'absent vient à reparaitre, si l'on acquiert la certitude de son existence, il s'ensuit que les droits éventuels qui lui sont échus pendant son éloignement ont été à tort attribués à d'autres, puisque leur titulaire véritable existait. Et si la loi s'est montrée imprévoyante en n'assurant pas une restitution efficace à l'absent au moyen de garanties à exiger de ceux qui ont recueilli ses droits à son défaut, du moins a-t-elle nettement imposé cette restitution ; si le droit éventuel échu à l'absent s'était éteint comme ayant un caractère personnel et viager, et ne pouvant être recueilli que par lui, cette extinction n'aurait été que provisoire, la loi prévoit sa renaissance si l'on peut s'exprimer ainsi ; tout cela résulte de l'article

137 : « Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits lesquels compéteront à l'absent ou ses représentants ou ayants-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi par la prescription ».

Cet article est général, applicable à tous les droits éventuels, successions, legs, rente viagère, etc. L'absent réclamera ces différents droits au moyen des actions différentes qui leur sont attachées. Ainsi, si c'est une succession ou un legs universel qui lui est échu et qui a été recueilli par ses cohéritiers ou colégataires, il la leur réclamera par la pétition d'hérédité. S'il s'agit d'un legs à titre particulier, il demandera la délivrance de son legs aux héritiers *ab intestat*. S'il s'agit d'une rente viagère, il aura une action personnelle contre le débiteur de la rente ou ses représentants. On doit en effet interpréter les mots « pétition d'hérédité et d'autres droits » comme ayant une portée générale et visant la réclamation des divers droits éventuels échus à l'absent. « Il me paraît certain, dit Demolombe, que ces mots « et d'autres droits » se réfèrent à la disposition générale de l'article 135, comme les mots pétition d'hérédité se réfèrent à la disposition spéciale de l'article 136 » (1).

Toutefois, ces actions en pétition d'hérédité et d'autres droits ne pourront être exercées par l'absent que si elles ne sont pas éteintes « par le laps de temps établi par la

(1) Demolombe, II, n° 214 ; Laurent, II, n° 258 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1269 ; Huc, I, n° 451.

prescription », art. 137 ; expression volontairement générale et qui confirme l'interprétation que nous donnions des mots « et d'autres droits ». La prescription variera en effet suivant le droit qui est réclamé. Elle sera de trente ans si l'absent agit en pétition d'hérédité, réclame le bénéfice d'un legs, de cinq ans s'il réclame les arrérages d'une rente viagère, les intérêts viagers d'une somme prêtée (art. 2277) (1). Nous reviendrons d'ailleurs bientôt sur la question de la prescription de la pétition d'hérédité.

Maintenant que nous avons posé ces principes généraux sur les actions de l'absent de retour, lorsqu'un droit éventuel quelconque s'est ouvert à son profit, nous allons désormais étudier plus particulièrement le cas où c'est une succession qui est échue à l'absent et a été recueillie par ceux venant à son défaut en vertu de l'art. 136 ; cette hypothèse est en effet la plus importante et la plus pratique. Nous avons vu précédemment que ceux en faveur de qui s'est opérée cette dévolution provisoire avaient reçu la part héréditaire de l'absent à titre de propriétaires et logiquement, avaient eu, en l'absence de texte restreignant leurs pouvoirs, la faculté la plus large de disposer de cette part. Il pourra donc arriver que lorsque l'absent la leur réclamera, certains des biens la composant aient été aliénés et soient aux mains de tiers acquéreurs. Nous avons donc à examiner d'abord l'exercice par l'absent de

(1) Demolombe, II, n° 214 ; Laurent, II, n° 258 ; Huc, I, n° 451 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1269.

la pétition d'hérédité contre ceux qui ont recueilli à son défaut la succession à laquelle il s'est trouvé appelé ; ensuite nous verrons quels sont ses droits contre les tiers avec lesquels ceux-ci ont pu traiter.

I. L'article 137 est le seul texte du Code civil où il soit question de la pétition d'hérédité. Cette action n'est cependant pas particulière à la matière de l'absence ; c'est d'une façon générale l'action réelle à l'aide de laquelle un individu demande contre son adversaire d'être reconnu héritier d'une personne et réclame, en conséquence, les choses de l'hérédité possédée par le défendeur ; elle suppose que l'hérédité est possédée à titre d'héritier par quelqu'un qui n'y a pas droit, au détriment du véritable héritier ; et cela peut se produire, non seulement en cas d'absence de l'héritier réel (cas visé par les articles 136 et 137), mais encore en cas d'inaction de cet héritier réel ; il peut arriver également qu'un individu possède l'hérédité en vertu d'un testament plus tard annulé, révoqué, ou que l'on reconnaît falsifié. Dans toutes ces hypothèses, il y a lieu à pétition d'hérédité de la part de l'héritier réel contre ceux qui possédaient indûment l'hérédité et que l'on appelle en droit « héritiers apparents » ; (nous emploierons désormais cette expression pour désigner ceux qui se sont emparés de la succession échue à l'absent, en vertu de l'article 136 C. civ.).

L'article 137 étant excessivement laconique, la jurisprudence et les auteurs ont eu à élaborer presque entièrement la théorie de la pétition d'hérédité. Appliquant à

notre hypothèse les règles ainsi construites, nous allons voir comment se régleront les rapports de l'absent de retour avec le ou les héritiers apparents.

D'abord, rappelons que l'exercice par l'absent de la pétition d'hérédité suppose que le temps requis pour la prescription n'est pas écoulé (1). Quel est le délai de cette prescription ; est-elle extinctive ou acquisitive ?

(1) Cette possibilité pour ceux qui se sont mis en possession de l'hérédité de l'absent de prescrire contre lui est très fâcheuse pour celui-ci puisque son état d'absence l'empêche justement d'interrompre cette prescription, il n'a même sans doute pas connaissance du droit héréditaire qui s'est ouvert à son profit. Dans notre ancien Droit, on admettait que le cours de la prescription était suspendu dans tous les cas où celui contre lequel elle courait avait été dans l'impossibilité d'agir et l'absence, en vertu de ce principe, devait certainement être considérée comme une cause de suspension de la prescription. Pothier est, à ce point de vue, très explicite : « Le temps pour la prescription d'une chose ne peut courir contre le propriétaire de cette chose tant qu'il se trouve dans l'impossibilité d'intenter son action pour la revendiquer, suivant cette maxime : *Contra non valentem agere non currit prescriptio*. »

..... Il suit aussi de là, que le temps de la prescription ne court pas contre le propriétaire pendant qu'il est absent pour le service de l'État, s'il n'y a personne qui soit chargé de ses affaires. Quand même ce ne serait pas pour le service de l'État que le propriétaire eût été absent, mais pour quelque autre juste cause qui l'eût obligé de partir, sans avoir le loisir de charger quelqu'un de ses affaires ... » (*Traité de la prescription*, nos 22 et 23). L'ancienne maxime qui laissait au juge le plus grand pouvoir d'appréciation est remplacée par un texte qui semble empêcher tout arbitraire tant il est précis : « La prescription court contre toutes personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi » (art. 2251). Suivent les causes de suspension parmi lesquelles ne figure pas l'absence.

Cependant la jurisprudence est arrivée à admettre d'autres causes de suspension que celles prévues par la loi ; notamment

Il faut naturellement écarter du débat l'article 789 C. civ., suivant lequel « la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers ; » en effet, pour que la pétition d'hérédité puisse s'exercer, il faut bien entendu que le successible ne soit pas déjà, par la déchéance de cette faculté d'accepter ou de renoncer, réputé renonçant, ainsi que cela résulte pour tous les héritiers de l'interprétation de l'art. 789 par la jurisprudence.

Cette observation faite, voyons comment est ordinairement envisagée la prescription de la pétition d'hérédité. Pour les uns, cette prescription est une prescription extinctive. En effet, disent-ils, l'hérédité considérée comme une

elle admet que la prescription ne court point contre ceux qui avaient un juste motif d'ignorer leur droit (Cass., 27 mai 1857, D., 57, 1, 290). Dès lors, est-on tenté de dire, ne doit-elle pas admettre comme autrefois que la suspension de la prescription résulte de l'absence ; en effet, l'absent non seulement ne peut exercer son droit, mais bien mieux il l'ignore le plus souvent. La jurisprudence n'a pas été jusque-là et cela tient au principe d'où elle est partie pour admettre d'autres causes de suspension de la prescription que celles prévues par la loi. Voici son raisonnement : L'article 2251 s'exprime ainsi : « La prescription court contre *toutes personnes*, à moins..... » ; donc les causes de suspension sont limitativement énumérées par le législateur si elles sont fondées sur des considérations relatives à la personne de celui contre lequel court la prescription ; au contraire, le Code civil ne détermine pas limitativement les causes de suspension qui sont indépendantes de la personne ; — or, l'absence serait une cause de suspension relative à la personne ; n'étant pas prévue par l'article 2251, cette cause ne pouvait donc être admise par la jurisprudence.

universalité juridique, *universitas rerum*, ne peut être acquise par l'usucapion ; le droit héréditaire ne peut donc s'éteindre par l'effet indirect de cette usucapion impossible à invoquer pour l'héritier apparent ; il ne peut s'éteindre que par la prescription extinctive, qui, à raison de sa nature même, courra du jour de l'ouverture de la succession puisque c'est à cette époque que naissent le droit héréditaire et l'action qui le sanctionne (1) ; pour d'autres, la prescription que le possesseur de l'hérédité peut opposer à l'héritier réel est la prescription acquisitive, l'usucapion fondée sur la possession de l'hérédité conformément à l'article 2229 C. civ. « La définition que l'art. 2228 donne de la possession, dit M. Laurent, s'applique aux droits aussi bien qu'aux choses incorporelles, donc aussi à la succession ». D'ailleurs, continue cet auteur, et cet argument surtout nous paraît décisif, « l'héritier qui a accepté n'est-il pas propriétaire définitif de l'hérédité ? Donc il ne peut perdre sa propriété par le simple non-usage ; son droit ne sera pas prescrit par le laps de trente ans ; il faut que le défendeur ait possédé pendant trente ans ». Le délai de cette prescription acquisitive partira alors du jour où l'héritier apparent se sera mis en possession (2).

Supposons donc que l'absent intente la pétition d'hérédité contre celui qui a indûment recueilli la succession à son défaut, avant que celui-ci ne puisse lui opposer la pres-

(1) Aubry et Rau, VI, § 616, texte et note 26 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, I, n° 903.

(2) Laurent, IX, n° 514 ; Huc, V, n° 264.

cription trentenaire. Que pourra-t-il demander à l'héritier apparent?

Il convient d'abord de distinguer, au point de vue des restitutions à faire à l'absent, entre l'héritier apparent de bonne foi et l'héritier apparent de mauvaise foi (1). « Dans cette matière de la pétition d'hérédité, disait déjà Pothier, on appelle possesseurs de bonne foi ceux qui se sont mis en possession des biens d'une succession qu'ils croyaient de bonne foi leur appartenir. Au contraire, on appelle un possesseur de mauvaise foi, ou *prædo*, celui qui s'est mis en possession des biens d'une succession qu'il savait ne pas lui appartenir » (2). La bonne foi de l'héritier apparent s'appréciera en fait; elle consistera de la part de celui-ci, à ignorer l'existence de l'absent. Sera au contraire de mauvaise foi, l'héritier apparent qui, sachant l'absent vivant, et pouvant aider à éclaircir son sort, a méconnu son existence pour se faire attribuer sa part successorale; ou encore celui qui, ayant recueilli cette part, apprend par la suite que son véritable titulaire existe, et cependant la conserve.

La mauvaise foi peut donc, selon nous, exister avant la réclamation exercée par l'absent de retour. A partir de cette demande, la mauvaise foi existera toujours, mais elle peut exister avant. Celui qui, de mauvaise foi, s'est fait attribuer ou a conservé la part héréditaire de l'absent,

(1) Demolombe, II, n° 247 s.; Aubry et Rau, VI, § 616, texte et note 24; Laurent, IX, n° 521; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, § 910; Huc, V, § 265.

(2) Pothier, *Traité du droit de propriété*, n° 395.

savait qu'il serait un jour appelé à la rendre ; il a assumé, pour ainsi dire, le devoir de la conserver intacte, et l'on conçoit aisément qu'il soit, au point de vue de la restitution à faire à l'absent, traité plus sévèrement que l'héritier apparent de bonne foi qui n'a commis aucune faute et n'a à sa charge aucune obligation personnelle, et qui ne sera tenu que *quatenus ex ea re locupletior factus est*. Tout repose sur cette distinction dont nous allons voir l'application d'abord aux fruits, puis aux biens héréditaires eux-mêmes.

1° En ce qui concerne la restitution des fruits, nous avons un texte, l'article 138, aux termes duquel, « tant que l'absent ne se représentera pas ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi ». Pourquoi ce texte ? De droit commun, le possesseur de bonne foi ne gagne-t-il pas les fruits (art. 549) ? Si, mais un texte était justement nécessaire pour faire rentrer dans le droit commun le possesseur de l'hérédité et supprimer la vieille règle *Fructus augent hereditatem* venue du S. C. Juventien, rendu sous Adrien, d'après laquelle, dans la pétition d'hérédité, le défendeur devait même les fruits perçus de bonne foi avant la demande quand ils l'avaient enrichi ; seule, la consommation des fruits le dispensait de restituer. Désormais donc, en vertu de l'article 138, l'héritier apparent gagne tous les fruits perçus par lui de bonne foi (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n° 1207 ; Demolombe, II, n° 222 A ; Aubry et Rau, VI, § 616 et 638 ; Laurent, n° 542 et 544 ; Huc, V, n° 267 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 926. ; Planiol, III, n° 2052.

S'il est de mauvaise foi, il devra la restitution de tous les fruits, même de ceux qu'il a consommés, de ceux qu'il n'a pas perçus mais qu'il aurait pu percevoir (la restitution se fera alors par une somme équivalente) (1).

La bonne foi s'appréciera au moment de la perception ou de l'échéance.

Les intérêts des deniers héréditaires ne sont pas dus, même par le possesseur de mauvaise foi; car l'art. 1153 C. civ. ne fait d'une manière générale courir ces intérêts que du jour de la demande (2).

Les fruits perçus depuis la demande en pétition d'hérédité sont toujours perçus de mauvaise foi et toujours restitués.

2° Quant aux biens héréditaires eux-mêmes, s'ils existent encore entre les mains de l'héritier apparent, ils devront être restitués à l'absent en nature; celui-ci pourra choisir entre une somme d'argent et la restitution en nature, mais on ne pourra lui imposer la restitution en valeur (3).

Les biens seront restitués dans l'état où ils se trouveront; et c'est à l'absent en sa qualité de demandeur, s'il prétend que les biens ont été détériorés, à le démontrer.

Aux biens héréditaires que l'héritier apparent est tenu de restituer s'ajoutent les accessoires naturels de ces

(1) V. les autorités citées à la note précédente.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 927.

(3) Laurent, IX, n° 542; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 912; Huc, V, n° 266.

biens, alluvions, etc., en vertu du principe de l'accession ; il en sera de même des accessoires non plus naturels, mais provenant du fait de l'héritier apparent lui-même, c'est-à-dire, les améliorations de toutes sortes qu'il a pu effectuer, sous réserve d'indemnités que nous déterminerons tout à l'heure (1).

Si à l'inverse, il y a des détériorations, pertes, dégradations, qu'arrivera-t-il ? Ainsi l'héritier apparent a abattu un bois, démoli une maison de l'absent ? Nous retrouvons ici encore la distinction établie entre l'héritier apparent de bonne foi et celui de mauvaise foi. -

S'il est de mauvaise foi, l'héritier apparent doit rembourser le montant intégral des détériorations, aussi bien de celles provenant d'un cas fortuit que de celles provenant de son fait (2). « Le possesseur de mauvaise foi, par la connaissance qu'il a que les biens de la succession ne lui appartiennent pas, contracte envers le véritable héritier l'obligation de la lui conserver en bon état jusqu'à la restitution qu'il est obligé de lui en faire, cette obligation étant accessoire de la première ; faute d'avoir rempli cette obligation, il est tenu de tous les dommages et intérêts résultant des dégradations arrivées par son fait (3) ». Il faudrait cependant faire exception à cette règle si le défendeur démontrait que la perte ou la dété-

(1) Aubry et Rau, VI, § 616, p. 431 ; Laurent, IX, n° 525 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 914 ; Huc, V, n° 266.

(2) Laurent, IX, nos 531 et 533 ; Aubry et Rau, VI, § 616, p. 431 s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 916.

(3) Pothier, *Traité du droit de propriété*, n° 435.

rioration se seraient également produites chez le demandeur (1).

Si, au contraire, l'héritier apparent est de bonne foi, il ne sera responsable de ses détériorations que jusqu'à concurrence du profit qu'il en aura retiré (comme le sont les envoyés en possession définitifs en vertu de l'art. 132 C. civ.) (2) ; comme si, pour prendre l'exemple de Pothier, il avait abattu une haute futaie qu'il eut vendue et dont il eut reçu le prix, c'est ce prix qu'il devrait. — Toutefois M. Demolombe fait à cet égard une observation assez juste : « Il ne faudrait pas, dit-il, exempter de toute responsabilité l'héritier apparent, s'il s'agissait de dépréciations, de dévastations injustifiables et qui feraient ainsi suspecter même sa bonne foi ». Il serait bon d'admettre ici un certain pouvoir d'appréciation aux Tribunaux, eu égard surtout à l'époque à laquelle la succession s'est ouverte depuis la disparition de l'absent, suivant, par exemple, qu'elle se sera ouverte pendant la présomption d'absence ou après que l'absence a été déclarée.

Enfin la restitution que devra faire à l'absent l'héritier apparent comprendra tous les profits qu'il aura tirés de la succession, ainsi les dommages et intérêts payés par des tiers, les sommes qu'il aura touchées pour le compte de la succession, le prix provenant de l'aliénation d'un

(1) Pothier, Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

(2) Pothier, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* ; Laurent, IX, n° 531 ; Demolombe, II, n° 223.

bien héréditaire — si l'on maintient cette aliénation. Et ici encore, il faudra distinguer si le possesseur est ou non de bonne foi ; s'il est de mauvaise foi, il devra rembourser ces profits alors même qu'il les aurait dissipés et n'en serait pas plus riche, car il a commis un dol en dissipant ce qu'il savait devoir un jour rembourser (1) ; s'il est de bonne foi, il ne devra restituer que les profits existant encore entre ses mains (2) ; mais il est censé avoir profité de tout ce qu'il a touché, créances recouvrées, prix des aliénations, etc ; c'est à lui à faire la preuve du fait contraire qui le libère (3). « Il n'est guère possible, disait Pothier, de connaître si le possesseur de bonne foi qui a reçu des sommes d'argent des débiteurs de la succession et du prix de la vente des effets de cette succession, et qui les a employées, s'en trouve plus riche ou non au temps de la demande en pétition d'hérédité ; il faudrait pour cela, entrer dans le secret de ses affaires particulières, ce qui ne doit pas être permis. Il a fallu dans notre pratique française, s'attacher à une autre règle sur cette matière qui est que personne ne devant être présumé dissiper les fonds d'un bien qu'il croit lui appartenir, le possesseur de bonne foi des biens d'une succession est

(1) Laurent, IX, nos 527 et 534 ; Aubry et Rau, VI, § 616 D ; Demante, I, n° 176 bis II ; Huc, V, n° 266 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, nos 920 et 923.

(2) Demolombe, II, n° 225 ; Laurent, Demante, Baudry-Lacantinerie et Wahl, Huc, *loc. cit.*

(3) V. les autorités citées aux notes précédentes ; — *contra* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de cette succession et qui en compose le fonds mobilier, et en profiter encore au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire (1) ».

S'il a procédé à une aliénation à titre gratuit, l'héritier apparent de bonne foi n'est tenu à aucune indemnité puisqu'il a cessé sans dol de posséder l'objet donné et ne s'est enrichi de rien — à moins qu'il ne s'agisse d'une donation avec charge, auquel cas l'absent pourrait se faire restituer le montant de la charge stipulée en retour de la donation. L'héritier apparent de mauvaise foi sera au contraire tenu à raison de son dol de restituer à l'absent la valeur de la chose (2).

Si la chose héréditaire à été échangée contre une autre, cette autre devra être restituée ; mais le possesseur de bonne foi ne restituera que cette chose, même si elle est de valeur moindre que la première, tandis que l'héritier apparent de mauvaise foi pourra en ce cas être condamné à payer une indemnité à l'absent (3).

Quant aux dépenses faites sur les biens de l'hérédité par l'héritier apparent, il y a lieu, conformément aux principes admis pour l'action en revendication, de rembourser intégralement du montant de ses dépenses quel-

(1) Pothier, *Traité du droit de propriété*, n° 429.

(2) Laurent, IX, n° 585 ; Aubry et Rau, VI, § 616, p. 433, texte et note 19 ; Demolombe, II, n° 224 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 924.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

conques le possesseur de bonne foi, et d'accorder au possesseur de mauvaise foi le remboursement de ses dépenses nécessaires et la plus-value produite par ses dépenses utiles, sans rien lui accorder pour ses dépenses voluptuaires. Si des constructions ont été élevées sur le terrain de l'absent par l'héritier apparent, on appliquera l'article 555 du Code civil (1).

II. La loi n'ayant pas limité les pouvoirs de ceux qui recueillent la succession échue à l'absent, ces héritiers apparents, pendant le temps plus ou moins long où ils auront eu entre les mains les biens composant cette succession, auront pu passer toutes sortes d'actes les concernant ; ils les auront administrés, les auront donnés à bail ; ils auront plaidé, transigé sur des difficultés relatives à ces biens ; les auront en partie vendus, peut-être donnés. Dès lors, il y a lieu de se demander si l'absent de retour doit respecter tous ces actes passés par les héritiers apparents pendant leur possession provisoire ; s'il doit exécuter les baux ; s'il peut se voir opposer les jugements, les transactions rendus ou passées avec les héritiers apparents ; s'il peut ou non revendiquer contre les tiers acquéreurs ses biens aliénés ? (2)

Cette question se pose d'ailleurs dans toutes les hypo-

(1) Laurent, IX, n° 530 ; Hue, V, n° 269 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 917.

(2) S'il s'agit d'aliénations portant sur des meubles corporels, la question ne se pose pas car en pareil cas l'acquéreur de bonne foi se trouve protégé par la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279 du C. civ.).

thèses ou l'héritier véritable exerce la pétition d'hérédité contre celui qui est indûment en possession des biens de la succession ; nous avons déjà signalé quelques-unes de ces hypothèses ; elles se sont présentées très souvent en fait ; très souvent par suite la Jurisprudence a eu à se prononcer sur le sort des actes passés par l'héritier apparent ; cette question présente donc non seulement un intérêt doctrinal mais encore un intérêt pratique considérable. La loi ayant gardé le silence à ce sujet, plusieurs solutions ont été proposées par les auteurs et la Cour de Cassation a elle-même élaboré un système qui paraît aujourd'hui définitivement établi. L'étude de ces différentes théories nous entraînerait trop loin, nous nous bornerons à exposer les deux principaux systèmes auxquels peuvent se ramener la plupart des autres. L'un est celui de la majorité des auteurs et de la Jurisprudence belge, l'autre est celui de notre Jurisprudence et de quelques auteurs. Le premier annule, sauf exception, les actes passés par l'héritier apparent comme émanés d'un *non dominus* ; le second au contraire valide ces actes, en principe, se basant surtout sur la bonne foi des tiers et l'intérêt général.

On distingue toutefois généralement entre les actes d'administration et les actes de disposition.

Parmi les premiers, un n'est pas douteux ; c'est le paiement fait par les débiteurs de la succession entre les mains de l'héritier apparent, art. 1240, C. civ. « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit

par la suite évincé. » Quant aux autres actes d'administration, quant aux baux, quant aux transactions, quant aux jugements, on les valide également dans l'intérêt des tiers de bonne foi, soit en généralisant l'article 1240 et en en tirant cette conclusion que dans l'esprit de la loi, les actes nécessaires faits par l'héritier apparent doivent être maintenus, soit en disant qu'il faut bien dans l'intérêt de tout le monde, de la Société, des tiers, du véritable maître lui-même, que les biens soient administrés et qu'ils ne peuvent l'être que par le possesseur actuel; en se basant enfin sur l'article 136 lui-même, pour le cas d'absence, qui, déférant la succession à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, leur attribue incontestablement par cela même, le droit, quoi qu'il arrive de la gérer, de l'administrer. C'est bien entendu, la solution de la Jurisprudence, c'est également celle de la majorité des auteurs. Quelques partisans de la nullité appliquent cependant leur système même aux actes d'administration; encore parmi ces derniers, en est-il qui reconnaissent la validité des actes d'administration passés par l'héritier apparent de l'art. 136; ainsi M. Huc; en effet, dit-il, ceux qui ont appréhendé, en vertu de l'article 136, une succession à laquelle se trouvait appelé un individu dont l'existence n'était pas reconnue « n'ont aucun reproche à se faire, ils ont pris une place qui leur aurait appartenu si celui dont l'existence était incertaine fut réellement mort; ils n'ont jamais prétendu

aucun droit sur la succession à l'encontre de l'absent, ce ne sont pas des usurpateurs... On peut admettre à l'égard de ces héritiers apparents la distinction ordinairement faite entre les actes d'administration que leur qualité les autorisait à faire et les actes de disposition auxquels il n'auraient pu valablement procéder (1). »

C'est donc surtout quant aux actes de disposition que se produisent les divergences.

Un premier système, disions-nous, celui de la majorité des auteurs, annule les actes de disposition de l'héritier apparent. Cette opinion, qui est bien la plus juridique, n'est que la conséquence de la règle : « Nul ne peut transmettre à autrui les droits qu'il n'a pas ». L'héritier apparent n'était pas propriétaire puisqu'il a été évincé, il n'a donc pu valablement disposer. C'est ainsi que l'article 1599 C. civ. déclare nulle la vente de la chose d'autrui ; que l'article 2125 C. civ. déclare nulle l'hypothèque consentie par le non-propriétaire, que l'article 2182 (2°) déclare que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue (2).

La Jurisprudence, au contraire, soutenue par quelques auteurs, valide les actes de disposition de l'héritier apparent, et les déclare opposables à l'héritier réel ; la seule

(1) *Huc*, V, n° 270.

(2) *Duranton*, II, n° 552 s. ; *Proudhon*, *Traité de l'usufruit*, III, n° 1319 et *Traité des personnes*, I, p. 267 ; *Daniel de Folleville*, *Rev. prat.*, XXXII, 1871, p. 431 ; *Laurent*, IX, n°s 555 s., 562 s. ; *Huc*, I, n° 452, et V, n° 270 s., *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, I, n° 936 ; *Planiol*, III, n° 2060.

condition qu'elle exige est la bonne foi des tiers. Cette théorie, déjà établie par une longue suite d'arrêts, a de nouveau été consacrée et précisée il y a quelques années par deux arrêts de la Cour de Cassation rendus le 26 janvier 1897 (2).

On invoque à l'appui de ce système l'idée d'un mandat tacite de l'héritier apparent à l'effet de disposer des biens qu'il possède; un argument d'analogie tiré de l'article 132 C. civ. d'après lequel l'absent de retour après l'envoi définitif doit respecter les actes de l'envoyé; la faute de l'héritier réel qui a connu ou pu connaître la dévolution à son profit et a commis une négligence en laissant une autre personne s'emparer de la succession; l'erreur invincible et la bonne foi irréprochable des tiers qui ont traité avec l'héritier apparent sans pouvoir connaître l'irrégularité de sa vocation; enfin des considérations d'ordre pratique et d'équité, le besoin de sécurité dans les transactions, la nécessité de favoriser la libre circulation des biens.

Nous estimons que le système de la nullité des actes de disposition de l'héritier apparent repose sur une base juridique qu'il est impossible de renverser; aussi bien, les arguments invoqués dans l'opinion contraire, soit par

(2) D., 1900, 1, 33; *Pandectes françaises*, 1901, 1, 201; Cf. Cass., 3 août 1815, S., chr.; Cass., 26 août 1833, S., 33, 1, 737; Cass., 16 janvier 1843, S., 43, 1, 97; Cass., 4 août 1875, S., 76, 1, 8; Cass., 3 juillet 1877, S., 78, 1, 38; Cass., 13 mai 1879, S., 80, 1, 26; Cass., 4 août 1885, S., 86, 1, 120; — Demolombe, II, n° 241 s.; Aubry et Rau, VI, § 616, p. 437, texte et note 32; Demante, I, n° 181 bis V s.

la jurisprudence, soit par les auteurs, ne les ont pas conduits à la décision à laquelle ils se sont arrêtés, mais ils sont allés les chercher pour fournir une base légale à une décision commandée avant tout par des nécessités pratiques. C'est ainsi que Demolombe (1) reconnaît tout d'abord la justesse de principe du système de la nullité. « Tel est le premier système, dit-il, le plus vrai théoriquement et le plus juridique..., inexpugnable même à mon avis, tant qu'on voudra, comme on l'a fait jusqu'ici, engager le combat contre lui sur le terrain où il se place ! » ; et plus loin : « Je reconnais, dit-il, que si l'absent reparait, l'héritier apparent aura vendu la chose d'autrui ». Seulement les nécessités de la pratique ne permettent pas d'appliquer ce principe qu'il reconnaît pourtant : « Je suis, d'autre part, continue-t-il, très touché de cette profonde, de cette unanime conviction qui entraîne vers lui tous les hommes mêlés à la pratique et au mouvement des affaires. Parmi les avocats les plus exercés du barreau, parmi les notaires que j'ai pu consulter, je n'en ai presque pas rencontré qui ne considérassent comme une véritable nécessité le maintien des ventes ainsi faites ; et voilà surtout ce qui me porte à dire que cette dernière opinion triomphera ». Et c'est pour justifier le système de la validité, voulu par la nécessité des affaires, qu'il construit pour ainsi dire, après coup, sa théorie : « Aussi me paraît-il très essentiel, puisque ce système doit l'emporter, de lui chercher une base dans la loi positive ».

(1) Demolombe, II, nos 245, 249, 250.

De même, MM. Aubry et Rau ⁽¹⁾, commencent par admettre le principe sur lequel repose la théorie de la nullité, et réfutent les objections qu'on peut opposer à cette théorie; néanmoins disent-ils, « de pressantes considérations d'équité » militent en faveur de l'opinion contraire. « L'équité, veut en effet, que celui qui a cédé a une erreur invincible, ne devienne pas victime de sa bonne foi, et que, si une perte est à supporter, elle le soit plutôt par l'héritier négligent que par un acquéreur qui n'a aucune faute à se reprocher ». Il faut donc justifier l'exception que l'équité réclame de faire à la maxime : « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* »; de là vient leur théorie.

Nous ne saurions entrer ici dans l'examen de tous les arguments invoqués par les partisans de la validité des actes passés par l'héritier apparent; mais il nous a semblé intéressant de retenir ceux de ces arguments qui s'appliquent plus spécialement à notre hypothèse et reposent sur des textes du titre des Absents. Nous verrons ensuite ce qu'il faut penser des considérations tirées de l'équité, de la bonne foi des tiers, de la libre circulation des biens lorsqu'en l'espèce, l'héritier réel est un absent.

M. Demolombe invoque pour valider les aliénations consenties par celui qui a possédé l'hérédité en vertu de l'article 136, l'idée d'un mandat général et suffisant à l'effet de disposer, conféré par cet article à l'héritier appa-

(1) Aubry et Rau, VI, p. 437, note 32.

rent. « Je reconnais d'abord, dit-il, que si l'absent repa-rait, l'héritier apparent aura vendu la chose d'autrui. Mais je soutiens qu'il aura eu pouvoir et mandat suffisant pour la vendre.....

» Il est raisonnable d'interpréter le pouvoir que la loi confère, à tout évènement et dans l'hypothèse même de son retour, à ceux qui recueillent la succession en ses lieu et place, de l'interpréter, dis-je, en ce sens qu'elle les constitue, eu égard à cette succession, les procureurs de l'absent *cum libera administratione*, c'est-à-dire avec une entière liberté de faire tout ce qu'ils jugeront à propos..... » (1) Nous admettons parfaitement ce mandat en ce qui concerne les actes d'administration, mais il ne nous semble pas qu'il puisse conférer à l'héritier apparent le droit d'aliéner valablement; on se heurte en effet ici à l'art. 1988 C. civ. aux termes duquel : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ». Demolombe a prévu l'objection tirée de l'article 1988 et la réfute ainsi : « C'est là une simple règle d'interprétation qui ne s'oppose pas absolument à ce que l'on reconnaisse dans un mandat quelconque le pouvoir d'aliéner, si dans l'espèce, il est constaté que telle a été effectivement l'intention soit de la loi, soit de la partie qui a conféré le mandat C'est ainsi qu'autrefois, le *procureur omnium bonorum cum libera* avait le pouvoir d'aliéner, lorsque le mandant

(1) Demolombe, II, n° 250.

partait pour un pays éloigné. » Mais si l'ancien droit admettait que le pouvoir d'aliéner pût s'induire par voie d'interprétation d'un mandat qui n'en parlait pas expressément, c'est peut-être pour mettre fin à cette extension souvent arbitraire que notre article 1988 a exigé un mandat exprès. Comment en outre trouver dans l'art. 136 cette intention de la loi de conférer le mandat d'aliéner ? Demolombe affirme cette intention ; il ne la démontre pas.

Un autre argument, également tiré d'un texte sur l'absence, est invoqué par MM. Aubry et Rau en faveur de la validité des actes de disposition de l'héritier apparent à l'égard de l'absent de retour. « On peut, disent-ils, relativement au droit de disposition, placer sur la même ligne, les parents plus éloignés, appelés à succéder à l'exclusion d'un parent plus proche, dont l'existence n'est pas reconnue, et les héritiers présomptifs de l'absent au profit desquels l'envoi en possession définitif a été prononcé. La situation des tiers qui ont traité, fût-ce même pendant la période de présomption d'absence avec le possesseur de l'hérédité dont un absent a été exclu, est même plus favorable que celle des tiers qui ont traité avec les personnes envoyées en possession définitive du patrimoine de cet absent ; car, à la différence des premiers, les seconds ont pu et dû connaître la révocabilité dont se trouvait atteinte le titre de leurs auteurs. Enfin, les droits de celui qui revendique son propre patrimoine sont certainement plus sacrés, plus dignes d'intérêt et de protec-

tion, que les droits de celui qui vient réclamer une hérédité à laquelle il ne s'est pas présenté. Cela est tellement vrai que l'action du premier est imprescriptible, même après l'envoi en possession définitif, ainsi que cela résulte de la combinaison des articles 132 et 133, tandis que l'action du second se prescrit par trente ans. Cependant, d'après l'article 132, l'absent revendiquant son propre patrimoine, est obligé de le reprendre dans l'état où il se trouve ; en d'autres termes, il n'a pas le droit de faire révoquer les aliénations qui auraient été consenties par les envoyés en possession définitive. Comment, dès lors, serait-il possible de reconnaître un pareil droit à l'absent, venant réclamer l'hérédité dont il avait été écarté à raison de son absence ? L'article 132 tranche donc virtuellement la question pour le cas d'absence » (1).

Mais la situation de celui qui a recueilli la succession de l'absent en vertu de l'article 136 n'est pas la même que celle de l'envoyé en possession définitif. Il a pu recueillir la succession échue à l'absent alors que celui-ci était disparu depuis fort peu de temps, et c'est peut être également après une disparition de durée relativement courte que l'absent viendra exercer sa pétition d'hérédité ; au contraire, ceux qui sont envoyés en possession définitive des biens de l'absent, n'obtiennent cet envoi que cent ans après la naissance de celui-ci, ou après un temps très long depuis sa disparition (41 ans ou 35 ans), c'est-à-dire à une époque où il y a beaucoup de chances pour que l'absent

(1) Aubry et Rau, VI, § 616, p. 437 s., note 32.

soit décédé, et ce n'est qu'à cause de cette probabilité de décès, ce n'est que parce qu'on était en droit, pour ainsi dire, de ne plus compter sur le retour de l'absent, que l'article 132 maintient les actes passés par les tiers avec les envoyés en possession définitive. D'ailleurs, s'il y avait une analogie parfaite entre les deux situations, pourrait-on étendre à l'une l'exception qui est faite au profit de l'autre à un principe juridique incontesté ?

Restent les arguments tirés de la bonne foi des tiers, de leur erreur commune et invincible, aussi bien que de l'intérêt public. Ces considérations sont les seules sur lesquelles la Cour de Cassation appuie maintenant ses décisions. En effet, après avoir invoqué les arguments que nous développons tout à l'heure, après avoir invoqué aussi le principe de la collectivité de la saisine d'où il serait résulté pour tous les héritiers légitimes le droit d'aliéner, elle se contente, d'après ses arrêts les plus récents, de justifier la validité des actes de l'héritier apparent par ces motifs d'équité et d'ordre général ; ainsi dans l'arrêt du 26 janvier 1897 : « Attendu, dit la Cour, que les considérations d'ordre public et d'intérêt général qui ont conduit à reconnaître la validité des ventes passées entre l'héritier apparent et les tiers de bonne foi... etc.

« Que dès que l'erreur commune et invincible ainsi que la bonne foi des tiers acquéreurs sont établies, les aliénations consenties par l'héritier apparent échappent à toute action en résolution dirigée par l'héritier véritable ».

Il est facile de répondre à l'argument tiré de la bonne foi des tiers : la loi attache à la possession de bonne foi certains effets déterminés, ainsi l'article 549 du Code civil permet au possesseur de bonne foi d'acquérir les fruits ; ainsi l'article 2265 permet en sa faveur une prescription abrégée de 10 à 20 ans ; on ne peut lui en faire produire d'autres sans dépasser la volonté de la loi ; empêcher l'héritier véritable de revendiquer son bien aliéné par un *non dominus* au profit d'un tiers de bonne foi, ne serait-il pas créer en quelque sorte pour les immeubles en faveur du possesseur de bonne foi une prescription instantanée analogue à celle que l'article 2279 n'établit, et fort sagement, que pour les meubles ?

Quant à l'intérêt général, il est permis de se demander s'il n'exige pas au moins autant le respect du droit de propriété que la libre circulation des biens. Comme dit M. Charmont « deux intérêts, celui de la propriété, celui de la libre circulation sont en conflit. Il faut en sacrifier un. Quel sera celui-là ? On est amené par cela même à rechercher quelle est la pensée secrète de la loi (1). »

Pour les uns, c'est le droit de propriété qui doit l'emporter (c'est l'opinion qu'a notamment émise M. l'avocat général Sarrut dans ses conclusions qui précédèrent les arrêts de 1898 précités ; il est intéressant de constater que les motifs invoqués par la Cour de Cassation ont été battus en brèche par le Ministère public). « En préférant les intérêts des tiers de bonne foi aux intérêts du véri-

(1) Charmont, *note*. Pandectes françaises, 1901, 4, 209.

table propriétaire, la Cour de Cassation sacrifie le droit de propriété alors que la tendance générale de notre législation est de placer ce droit à l'abri de toute atteinte, et elle ajoute arbitrairement aux effets que la bonne foi peut produire... La protection du droit de propriété tient essentiellement à l'ordre public; dans un conflit entre le propriétaire et un tiers même de bonne foi, les deux parties luttent pour éviter un dommage et le propriétaire doit l'emporter sur l'intérêt privé du tiers parce que le maintien de son droit est exigé dans un intérêt social » (1).

D'autres au contraire penseront qu' notre législation est plutôt favorable à la circulation qu'à la conservation de la propriété (2); et peut être cette opinion est elle soutenable quant à l'esprit général de l'ensemble de notre législation; mais en ce qui concerne plus spécialement notre matière de l'absence, et si nous cherchons à résoudre le conflit entre le tiers ayant acquis de bonne foi de l'héritier apparent et l'absent de retour, en nous demandant quel est à ce point de vue l'esprit du Code civil, il n'est pas douteux que c'est l'intérêt de l'absent qui doit l'emporter. Tout le titre de l'absence a été rédigé dans l'esprit de protéger l'absent à l'instar d'un incapable, de sauvegarder ses droits parce qu'il ne peut le faire lui-même. Les travaux préparatoires, les textes actuels eux-mêmes témoignent cette pensée de la loi,

(1) Sarrut, *note*. D., 1900, 1, 33.

(2) Charmont, *loc. cit.*

et si l'article 132 semble contredire ce principe en évinçant l'absent au profit des envoyés définitifs, cet article, nous le répétons, n'est qu'une exception basée sur un motif spécial.

En résumé, nous pensons que l'absent de retour ne pourrait se voir opposer aucun acte de disposition passé par l'héritier apparent ; par contre il serait tenu de respecter les actes d'administration et nous renvoyons, pour déterminer quels sont ces actes, à ce qui a été dit pour les envoyés en possession provisoire.

CONCLUSION

Notre législation sur l'absence, disions-nous dès le début, s'est préoccupée de protéger le patrimoine de l'absent, tant que l'on peut raisonnablement espérer son retour, tant que la probabilité de son décès n'est pas devenue une presque certitude.

Nous avons vu, au cours de cette étude, d'une part, comment est organisée cette protection, d'autre part, le temps pendant lequel elle dure, c'est-à-dire, jusqu'à quel moment sont retardés, dans l'intérêt de l'absent, les droits des personnes présentes sur son patrimoine. — A ce double point de vue, nous devons maintenant présenter quelques critiques.

I. La loi protège les biens de l'absent dans l'intérêt de leur véritable propriétaire pendant trente-cinq ou qua-

rante et un ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles ; jusque-là elle suppose que l'absent peut revenir, jusque-là la probabilité de sa mort ne lui paraît pas suffisante pour donner définitivement ouverture aux droits de ses héritiers et autres intéressés. Ce premier point nous paraît ne plus être en rapport avec l'état actuel de la civilisation, avec la facilité de plus en plus grande des communications.

Mais une observation essentielle est d'abord nécessaire : nous ne voulons parler que de l'absence proprement dite, de l'absence type. Il est en effet des cas où il y a non seulement disparition, mais encore véritable certitude du décès étant données les conditions dans lesquelles cette disparition s'est produite ; on peut supposer par exemple qu'une personne périsse dans un accident de mine, ou encore dans un naufrage, un incendie ; dans toutes ces hypothèses, où l'on ne pourra sans doute pas retrouver le cadavre, il y aura disparition ; et cependant le décès de cette personne est certain. Il est bien évident qu'alors il n'est aucunement nécessaire d'attendre de longues années avant de permettre aux héritiers du disparu d'exercer leurs droits, il n'y a plus à s'occuper de sauvegarder les intérêts du sinistré en raison de l'éventualité de son retour. Aussi, plusieurs textes spéciaux permettent-ils, dans des cas semblables soit des modes particuliers de constatation du décès (décret du 3 janvier 1813, art. 19, pour les accidents de mines) soit la déclaration du décès par jugement (loi du 8 juin 1893 pour les disparitions en

mer, modifiant les art. 87 s. C. civ.) On ne peut que souhaiter de voir s'étendre cette possibilité de faire déclarer le décès par jugement à toutes les hypothèses dans lesquelles les circonstances de la disparition rendent la mort certaine⁽¹⁾. La jurisprudence d'ailleurs a bien souvent appliqué les dispositions de la loi de 1893 à des cas voisins et non spécialement prévus.

Mais, ces hypothèses particulières mises à part, il restera toujours des cas dans lesquels l'incertitude sur l'existence, puis la présomption de décès proviennent uniquement du défaut prolongé de nouvelles, et non pas du péril de mort auquel le disparu a pu se trouver exposé. Ces cas, certes, tendent à diminuer; ils sont cependant encore relativement fréquents. C'est ainsi que, d'après les statistiques publiées par le Ministère de la Justice, il a été rendu :

En l'année 1900,	865 jugements nommant des admi-
	nistrateurs de biens d'absent;
— 1905,	852 id.

(1) V. à ce sujet les observations de M. Bufnoir, *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* (section des sciences économiques et sociales), année 1885, p. 107 s. — Aux termes de l'art. 391 du Code civil italien « En cas de décès avec impossibilité de retrouver ou de reconnaître le cadavre, le syndic ou autre officier public en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur du roi par le soin duquel, après autorisation du tribunal, ce procès-verbal sera annexé au registre de l'état civil ». Cf. la loi autrichienne de 1881 motivée par l'incendie du Ringtheater de Vienne. *Annuaire de la Société de législation comparée*, 13^e année (1884), p. 334 s.

En l'année 1900, 710 jugements de déclaration d'absence et envoi en possession provisoire ;

— 1905, 783 id.

Dans ces hypothèses d'absence proprement dite, où l'on doit suivre les dispositions du titre « Des Absents », il ne nous semble plus nécessaire d'attendre aussi longtemps avant d'accorder l'exercice définitif de leurs droits aux héritiers présomptifs et autres intéressés. En effet, depuis la rédaction du Code civil, les moyens de retour pour l'absent, les moyens de donner de ses nouvelles, s'il existe, se sont considérablement développés. S'il était vrai il y a un siècle de supposer que le défaut de nouvelles pendant quelques années pouvait à la rigueur s'expliquer par la difficulté des moyens de correspondance, s'il fallait que le silence de l'absent se fût prolongé pendant très longtemps avant que son existence fût considérée comme douteuse, pendant un délai encore plus long avant que sa mort fût regardée comme à peu près certaine, cela n'est plus exact aujourd'hui. Étant donnée la facilité actuelle des moyens de communication, le défaut de nouvelles doit amener beaucoup plus vite la présomption de mort.

D'autre part, l'absent, s'il existe, est moins intéressant, moins favorable qu'il ne pouvait l'être au législateur de 1804 ; d'abord à cause de cette facilité qu'il a maintenant de donner de ses nouvelles, ensuite parce que son état d'absence n'est sans doute pas causé comme il

pouvait l'être et l'était fréquemment lors de la rédaction du Code, par le service du pays. Et pour cette raison encore, il y a lieu d'accorder plus vite satisfaction aux intérêts des personnes présentes. « Après avoir pesé le préjudice que cause par son départ imprévu celui qui tout à coup se dérobe à une situation de laquelle dépendent des intérêts d'autrui matériels et moraux, on peut bien légitimement se demander si la loi est à son égard d'une assez juste sévérité. Et franchement, on pourrait dire qu'il n'en est rien. A voir le soin paternel avec lequel on lui ménage un heureux retour, à considérer tous les sursis, tous les attermoiements qu'on lui accorde pour qu'il daigne reparaitre et rendre à ceux qui l'entouraient le charme de sa présence, on se rappelle, sans le vouloir, la parabole de l'enfant prodigue (1) ». Or, les raisons d'une semblable indulgence n'existent plus.

En conséquence de tout celà, la protection des droits de l'absent devrait durer moins longtemps, mettre obstacle moins longtemps à l'envoi définitif. Et par contre-coup, la période de présomption d'absence devrait être beaucoup plus courte, la déclaration d'absence accordée plus vite. C'est ce qui a lieu dans les législations étrangères plus récentes que la nôtre. Ainsi, le Code civil italien, le Code civil espagnol qui ont conservé le système général de notre Code en matière d'absence,

(1) Vettard. *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* (section des sciences économiques et sociales), 1885, p. 118.

accordent la déclaration d'absence le premier après trois ou six ans depuis le départ ou les dernières nouvelles, le second après deux ou quatre ans. L'envoi définitif est dans ces deux législations, prononcé après 30 ans, mais ce délai part dans le Code civil Espagnol, du jour du départ ou des dernières nouvelles et non plus du jour de l'envoi en possession provisoire. Quant aux législations qui admettent au bout d'un certain temps la déclaration du décès, elles l'autorisent également après un délai beaucoup plus restreint que celui qui est nécessaire chez nous pour obtenir l'envoi définitif (10 ans, en principe, dans les Codes allemand et autrichien).

II. Ceci dit sur la réduction du délai pendant lequel la loi doit se préoccuper de sauvegarder les droits de l'absent, que penser maintenant de cette protection elle-même, de la façon dont elle est organisée ?

Relativement aux biens déjà acquis à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, nous ne ferons guère d'observations. La loi est partie d'une idée très juste en n'autorisant que les mesures indispensables tant que la disparition est récente et le retour de l'absent probable, en conférant ensuite l'administration générale des biens de l'absent à ceux à qui ces biens doivent revenir un jour ; les garanties de restitution qui leur sont imposées sont suffisantes pour que, tant que cela est nécessaire, les droits de l'absent ne soient pas compromis. Nous estimons toutefois qu'il devrait être spécifié que l'administrateur nommé pendant la période de pré-

somption d'absence sera autant que possible un des héritiers présomptifs de l'absent ; nous voudrions également, pour éviter toute difficulté que les pouvoirs de cet administrateur fussent bien définis — ainsi d'ailleurs que ceux des envoyés en possession provisoire.

Quant aux successions et autres droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent après sa disparition ou ses dernières nouvelles, nous trouvons que la loi aurait dû en garantir la restitution à l'absent comme elle lui garantit la restitution des biens qu'il possédait déjà avant cette époque. C'eût été logique. L'absent à ce point de vue n'est pas suffisamment protégé. S'il est une hypothèse où son silence peut s'interpréter autrement que par la probabilité de son décès, c'est bien lorsqu'il ne laisse au lieu dont il est parti que des droits éventuels, des « espérances » qu'il ne sait peut être pas s'être réalisées. Or, nous avons vu que s'il s'ouvrait une succession au profit d'un absent, elle était immédiatement dévolue à ceux qui viennent à son défaut et qui ont tout intérêt à méconnaître son existence ; ceux-ci n'auront été astreints à fournir aucune garantie, ils pourront disposer des biens de la succession de la façon la plus large sans que, d'après la Jurisprudence, l'absent puisse, à son retour, critiquer ces aliénations ; et pendant ce temps les envoyés en possession des biens déjà acquis devront fournir caution, etc., ces biens seront pendant trente ans immobilisés entre leurs mains. Cela nous paraît illogique. Nous estimons que jusqu'à l'époque où l'envoi définitif peut être prononcé,

c'est-à-dire jusqu'à l'époque où l'on considère qu'il est permis de se désintéresser de l'absent, la restitution des successions et autres droits éventuels qui peuvent lui compéter devrait lui être assurée. Les législations espagnole et italienne obligent ceux qui recueillent les droits éventuels échus à l'absent soit à fournir caution, soit à faire inventaire. Dans les législations qui admettent au bout de quelques années la déclaration de décès, les successions échues à l'absent sont recueillies, administrées et conservées jusque-là par le curateur qui lui a été nommé; jusque-là en effet il y a présomption de vie; les intérêts de l'absent, quant aux successions, legs, etc., qui s'ouvrent à son profit sont donc encore mieux protégés que dans les législations qui admettent notre système général sur l'absence.

En résumé, nous souhaitons que l'envoi définitif soit prononcé au bout d'un délai beaucoup plus court que le délai actuel; et que jusque-là, l'absent soit protégé aussi bien à l'égard des droits éventuels qui peuvent lui compéter, qu'à l'égard des biens qui lui étaient déjà acquis lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. (1)

(1) Dans son Avant-projet de revision du Code civil rédigé sur la demande du Ministre de la Justice belge, M. Laurent supprime la période d'envoi en possession provisoire et fait suivre la déclaration d'absence de l'envoi définitif. Jusque-là, les biens de l'absent sont administrés par un curateur choisi régulièrement parmi ses héritiers présomptifs, et dont les pouvoirs sont nettement définis. — Les envoyés en possession doivent fournir caution pour la restitution à l'absent de ses biens ou de leur valeur. Cette caution est déchargée après quinze ans. — Les

successions et autres droits éventuels échus à l'absent, sont dévolus à ceux qui viennent à son défaut. Mais ceux qui recueillent ainsi des biens qui devraient revenir à l'absent, doivent faire dresser inventaire et faire emploi du mobilier, ou donner caution pour en assurer la restitution. Cette caution est également déchargée après quinze ans.

VU : *Le Doyen,*

P. CAUWÈS.

VU : *Le Président de la thèse,*

R. PIÉDELIEVRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — <i>Notions générales et historiques</i>	5
---	---

PREMIÈRE PARTIE

Protection provisoire des Biens de l'Absent présumé

CHAPITRE PREMIER

Distinction entre les non-présents et les présumés absents. Textes applicables aux non-présents.....	33
--	----

CHAPITRE II

Point de départ de la période de présomption d'absence. — Tribunal compétent pour constater l'absence et ordonner les mesures nécessaires	44
--	----

CHAPITRE III

Quelles personnes peuvent agir en vertu de l'article 112 C. civ. ? — Pouvoirs du Ministère public.....	55
--	----

CHAPITRE IV

Quelles mesures les Tribunaux peuvent-ils prendre en vertu de l'article 112 C. civ. ? — Nomination d'un curateur ; nomination d'un notaire ; pouvoirs du curateur et du notaire.....	67
--	----

DEUXIÈME PARTIE

Protection des Biens de l'Absent après la déclaration d'absence

CHAPITRE PREMIER

Déclaration d'absence et envoi en possession provisoire. — But et caractères de l'envoi en possession provisoire	81
---	----

CHAPITRE II

Garanties de restitution et mesures conservatoires imposées aux envoyés	95
---	----

CHAPITRE III

Limitation des pouvoirs des envoyés en possession provisoire.....	111
---	-----

CHAPITRE IV

Envoi en possession définitif. — Restitutions à faire à l'absent de retour par les envoyés définitifs.....	135
--	-----

TROISIÈME PARTIE

**Des Droits éventuels qui peuvent compéter
à l'Absent après sa disparition ou ses dernières nouvelles**

CHAPITRE PREMIER

Par qui sont recueillis les droits éventuels échus à l'absent? — Ceux à qui ils sont attribués à son défaut doivent-ils fournir des garanties de restitution, remplir des conditions quelconques dans l'intérêt de l'absent.....	150
--	-----

CHAPITRE II

Droits de l'absent qui reparait : 1° contre ceux qui ont recueilli à son défaut les droits éventuels qui lui sont échus ; 2° contre les tiers avec lesquels ils ont traité..	165
CONCLUSION.....	193



